

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ

ISABELLE CRISTINE DEMETRIO E SILVA

**INDIGNIDADE SUCESSÓRIA E A DEMANDA DE EXCLUSÃO DE HERDEIRO:
UMA REVISITAÇÃO CRÍTICA A UM INSTITUTO ESTANCADO**

CURITIBA
2020

ISABELLE CRISTINE DEMETRIO E SILVA

**INDIGNIDADE SUCESSÓRIA E A DEMANDA DE EXCLUSÃO DE HERDEIRO:
UMA REVISITAÇÃO CRÍTICA A UM INSTITUTO ESTANCADO**

Monografia apresentada como requisito para a
obtenção do título de Bacharel em Direito da
Faculdade de Direito da Universidade Federal do
Paraná.

Orientadora: Profa. Dra. Luciana Pedroso Xavier

CURITIBA
2020

TERMO DE APROVAÇÃO

INDIGNIDADE SUCESSÓRIA E A DEMANDA DE EXCLUSÃO DE HERDEIRO: UMA REVISITAÇÃO CRÍTICA A
UM INSTITUTO ESTANCADO

ISABELLE CRISTINE DEMÉTRIO E SILVA

Monografia aprovada como requisito parcial para
obtenção de Graduação no Curso de Direito, da Faculdade
de Direito, Setor de Ciências jurídicas da Universidade
Federal do Paraná, pela seguinte banca examinadora:

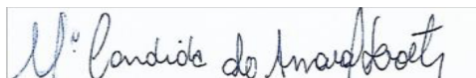


LUCIANA PEDROSO XAVIER
Orientador

Coorientador



RODRIGO XAVIER LEONARDO
1º Membro



MARIA CANDIDA PIRES VIEIRA DO AMARAL KROETZ
2º Membro

Dedico este trabalho a minha mãe, Silvanda Demétrio, que há mais de vinte anos dedicou a mim seu trabalho de conclusão de pós-graduação sobre o direito da educação. Durante a faculdade, mesmo a quinhentos quilômetros de distância, seu amor me acompanhou de perto e continua me dando forças todos os dias.

À família Braga Demétrio, de que não poderia ter mais orgulho: obrigada terem me ensinado, alguns já não mais em vida, como meus avós, o valor da mais autêntica simplicidade. Menciono especialmente meus tios José e Maria, que ocupam um lugar fundamental em minha história.

AGRADECIMENTOS

A Deus, meu querido Pai, que tem me ensinado com paciência as maiores lições de minha trajetória: a de que Seu amor é violentamente doce e genuíno, e a importância de buscar fazer tudo para Sua glória. Sem Sua graça, jamais teria alcançado esta linha de chegada, pois *como águas frias para uma alma sedenta, assim são as boas novas de Sua terra*. Você tem os meus pensamentos todos.

A minha mãe, a quem já dediquei este estudo, mas uma vez mais digo: obrigada por toda fé e investimento que despendeu em meu favor.

A minha tia Fátima, que torce e intercede por mim sem hesitar.

Aos amigos queridos que fiz ao longo da faculdade e fora dela – alguns já não são tão próximos, e outros me são como irmãos. São tantos que eu jamais poderia mencioná-los sem correr o risco de esquecer alguém sem querer. Todos, porém, fizeram parte de mim com cores vivas, muito vivas. Guardo em memória eterna os momentos de drama, diversão, consolo, encorajamento e carinho. Vocês me trouxeram pura felicidade.

Aos colegas e aos chefes dos três estágios que realizei ao longo do curso de Direito. Aprender, compartilhar inquietações (jurídicas ou não) e criar laços de admiração e cumplicidade com vocês foi um realmente um imenso privilégio.

Aos meus professores – todos os que, do ensino infantil à faculdade de Direito, entregaram um pouco de si para minha formação. Sempre os admirei, às vezes silenciosamente, com imensa gratidão. Sintam-se reconhecidos e lembrados ao longo deste trabalho.

*Para não matar seu tempo, imaginou:
vivê-lo enquanto ele ocorre, ao vivo;
no instante finíssimo em que ocorre,
em ponta de agulha e porém acessível;
viver seu tempo: para o que ir viver
num deserto literal ou de alpendres;
em ermos, que não distraiam de viver
a agulha de um só instante, plenamente.
Plenamente: vivendo-o de dentro dele;
habitá-lo, na agulha de cada instante,
em cada agulha instante: e habitar nele
tudo o que habitar cede ao habitante.*

*E de volta de ir habitar seu tempo:
ele corre vazio, o tal tempo ao vivo;
e como além de vazio, transparente,
o instante a habitar passa invisível.*

(...).

RESUMO

O presente trabalho tem por objetivo revistar o instituto da indignidade sucessória e seu atual tratamento legislativo, doutrinário e jurisprudencial no direito brasileiro. Notas críticas são trazidas principalmente ao prazo para o ajuizamento da demanda de exclusão de herdeiro. Como meio de investigação das perguntas ainda não levantadas a respeito do tema, o estudo passa pela construção doutrinária de temas clássicos do direito, como a prescrição, decadência e a teoria do fato jurídico, que evidenciam a insuficiência do suporte fático estabelecido pela norma civil e a possibilidade de inclusão do conhecimento do fato como seu integrante. Também é abordado o aspecto prático, relacionado à jurisprudência nacional e à análise de projetos de lei apresentados após a promulgação do Código Civil de 2002. Recorre-se também à comparação do direito brasileiro aos sistemas jurídicos alemão, francês e português, que manejam diferentemente o instituto civil. Do ponto de vista constitucional, é analisada a constitucionalidade da exclusão do herdeiro em face do direito fundamental à herança e demais garantias constitucionais envolvidas. Chega-se à conclusão de que é possível modular, a respeito do termo inicial e extensão, o prazo decadencial que incide para a ação declaratória de indignidade, contabilizando-se os critérios de segurança jurídica e efetividade.

Palavras-chave: Sucessões. Indignidade Sucessória. Decadência.

ABSTRACT

This paper aims to inspect the institute of unworthiness in inheritance and its current legislative, doctrinal and jurisprudential treatment in Brazilian law. Critical notes are brought mainly to the deadline to claim the exclusion of heir. With the intention of investigating the questions not yet raised, the study involves the doctrinal construction of classic themes of law, such as prescription, preclusion and the theory of legal fact, which evidences the insufficiency of the factual support established by the civil norm and possibility of inclusion of knowledge of the fact as a component. The practical aspect is also developed, related to national jurisprudence and the analysis of bills after the promulgation of the Civil Code of 2002. This paper also compares the Brazilian law to the German, French and Portuguese legal systems, which manage the civil institute differently. The constitutionality of the exclusion of the heir is analyzed in light of the fundamental right to inheritance and other constitutional guarantees involved. The conclusion reached is that it is possible to modulate the initial term and the length of the deadline established for claiming the declaration of indignity, taking into account the criteria of legal certainty and effectiveness.

Key-words: Succession. Unworthiness to inheritance. Preclusion.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	11
PARTE I - PERCEPÇÃO JURÍDICA DA INDIGNIDADE SUCESSÓRIA	15
CAPÍTULO I – PRIMEIRAS PROSPECÇÕES: O QUE HÁ DE SER INVESTIGADO	15
1.1 O prazo para o ajuizamento da ação declaratória de indignidade.....	15
1.2 Arcabouço legal a ser investigado	18
CAPÍTULO II - O INSTITUTO DA INDIGNIDADE	23
2.1. Noções gerais.....	23
2.2 Distinção entre indignidade e deserdação.....	28
2.3 Teoria do fato jurídico, suporte fático e indignidade sucessória	32
CAPÍTULO III - PRESCRIÇÃO E DECADÊNCIA	39
3.2 Prescrição.....	43
3.3 Decadência.....	47
3.4 Início do prazo decadencial para demanda de exclusão de herdeiro	49
3.5 Segurança jurídica.....	53
PARTE II – PERCEPÇÃO PRÁTICA DA INDIGNIDADE SUCESSÓRIA	56
CAPÍTULO IV - INDEPENDÊNCIA DOS JUÍZOS CÍVEL E CRIMINAL E ANÁLISE LEGISLATIVA E JURISPRUDENCIAL	56
4.1 A independência entre as esferas cível e criminal	56
4.2 Do Código Civil de 1916 ao Código Civil de 2002.....	60
4.3. Análise jurisprudencial: Tribunais Estaduais de São Paulo e do Paraná	62
4.4. Análise legislativa: projetos de lei apresentados	66
CAPÍTULO V – DIREITO COMPARADO: O DIREITO ALEMÃO, FRANCÊS E PORTUGUÊS	69
5.1 Direito Alemão.....	69
5.2 Direito Francês.....	74
5.3 Direito Português	77
5.4 Demais sistemas jurídicos.....	81
CAPÍTULO VI – DIREITO CONSTITUCIONAL: GARANTIAS FUNDAMENTAIS, PONDERAÇÃO E PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA	84
6.1 Constitucionalização do direito civil	85
6.2 O direito de herança na Constituição Federal de 1988	87
6.3 Eficácia civil dos direitos fundamentais no âmbito da indignidade sucessória	90

6.4 Princípio da presunção de inocência e o prazo para ajuizamento da ação declaratória de indignidade.....	94
CONCLUSÃO	97
REFERÊNCIAS.....	100
ANEXO I	103
ANEXO II.....	107

INTRODUÇÃO

Diferentemente de outros campos, o direito das sucessões revela a perenidade e abrangência do direito e, de certa forma, a continuidade daquilo que deixa de existir subjetivamente no mundo material, mas que assenta marcas àqueles que aqui ficam. Ressalta, portanto, a eternidade do sujeito e os efeitos de sua existência e atos em vida, que se projetam para além do que já foi, e é. Trata-se de um memorial com facetas de passado, presente e futuro.

As transformações que permeiam este âmbito jurídico variam conforme tempo, espaço e indivíduo, produzindo reflexos diretos no tratamento normativo. É necessário, então, que as ferramentas oferecidas pelo sistema jurídico tenham sua eficácia sempre revisitada, com formas de utilização mais apreensíveis àqueles que tenham que dele se valer para resguardar *legados*.

Por se tratarem de relações jurídicas complexas, ou seja, que no momento da abertura da sucessão se desdobram de uma relação primária (autor da herança e seus bens) em outras novas relações (herdeiros e seus quinhões), não se pode transportar a moldura geral dos institutos jurídicos sem pontuais aperfeiçoamentos. Se esta pretensão de transporte fosse fácil, não seria tão evidente que a marcha de atualização do direito das sucessões é díspar se comparada ao aperfeiçoamento de outros ramos jurídicos. Pelo contrário, estamos diante de uma esfera cujos pontos centrais, tidos como já sedimentados, estão sendo pouco debatidos.

Num momento em que muito se fala sobre planejamento sucessório, por exemplo, há pouca disposição em melhor esmiuçar aqueles temas de aparente pacificação, garantindo que o direito das sucessões seja revisitado sem encontrar entraves muito basilares à frente.

Já prevendo a necessidade de atualização que reclama o direito como um todo, a exposição de motivos do Código Civil de 2002, apresentada pela primeira vez em 16 de janeiro de 1975, afirmou a concretude jurídica e o desapego a valores formais como nortes para encontrar novas soluções normativas que surgirem na vida social¹.

Contudo, no contexto da promulgação do *Codex* atual, pouco se falou sobre as mudanças ocorridas no direito sucessório e, ao justificá-las, foi indicado expressamente que

¹ “Um Código não é, em verdade, algo de estático ou cristalizado, destinado a embaraçar caminhos, a travar iniciativas, a provocar paradas ou retrocessos (...). Essa função positiva ainda mais se confirma quando a orientação legislativa obedece a imperativos de socialidade e concreção, tal como se dá no presente Anteprojeto. (...). Não é sem motivos que reitero esses dois princípios, essencialmente complementares, pois (...) o risco não menor da concretude jurídica reside na abstração e olvido de características transpessoais ou comuns aos atos humanos. (...). O que se tem em vista é, em suma, uma estrutura normativa concreta, isto é, destituída de qualquer apego a meros valores formais e abstratos. A “exigência de concreção” surge exatamente da contingência insuperável de permanente adequação dos modelos jurídicos aos fatos sociais ‘in fieri’”.(Código Civil Brasileiro - Exposição de Motivos e Texto Sancionado. Disponível em:

<<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/70319/743415.pdf?sequence=2&isAllowed=y>> p. 24 e 32). Acesso em abr/2020.

estas advieram das modificações propostas para o direito de família², o que chama atenção à autonomia da área aqui estudada. Quanto a isso, aliás, Orlando Gomes menciona que, apesar de as sucessões pressuporem o conhecimento de outras partes especiais do direito civil (em específico do direito das coisas e das obrigações, em razão de seu conteúdo patrimonial), sua autonomia é sustentável, *“porque encerra princípio e figuras que, embora conservem afinidade com relações inter vivos, distinguem-se e pedem disciplina orgânica”*³.

Como exemplo da arenosidade da área mencionada, em julho de 2019, idealizado pelo IBDFAM (Instituto Brasileiro de Direito de Família), foi apresentado perante o Senado Federal o Projeto de Lei nº 3.799/2019, que pretende uma ampla reforma do livro V do Código Civil, dispondo sobre as formas de sucessão, administração da herança, inventário, vocação hereditária, testamento, aceitação e renúncia da herança, partilha, bem como outros temas sucessórios⁴.

Inobstante as mudanças ocorridas no Código e propostas pela comunidade jurídica tenham sido de indiscutível relevância, nada foi mencionado sobre indignidade, tema específico do presente trabalho, assim como atualmente não se faz. Aparentemente, isso acontece porque as hipóteses de despertamento do instituto realmente são mais raras no mundo material, e também porque os instrumentos atuais que disciplinam os casos jurídicos relacionados aparentam “resolver” – para não dizer “encerrar” – a problemática, ainda que com eles não se efetive justiça, na maioria das vezes.

Deste modo, a importância do estudo da indignidade sucessória nasce da prática do direito, e da mesma forma nasceu a inquietação para este estudo, através da prática forense: nela, observa-se que os anseios sociais sequer chegam a ser respondidos pelo Judiciário, pois o respaldo legislativo e doutrinário, estanques que são, impede, na maioria das vezes, a concretização do objetivo da justiça.

Há casos, como o que despertou a presente crítica, em que, mesmo tendo sido comprovadamente praticado homicídio doloso contra o *de cujus*, e mais, com a intenção

² Idem, p 32. “As modificações operadas no Direito de Família implicaram correspondentes alterações no Direito das Sucessões, cujos dispositivos foram também revistos para atender a lacuna e deficiência do Código Civil atual, apontadas pela doutrina e a jurisprudência. Com a adoção do regime legal de separação parcial com comunhão de aquêstos, entendeu a Comissão que especial atenção devia ser dada aos direitos do cônjuge supérstite em matéria sucessória (...)”.

³ GOMES, Orlando. **Sucessões**. 14ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2008, p. 2.

⁴ O projeto é de relatoria da Senadora Soraya Thronicke (PSL/MS) e pode ser acessado em <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/137498>>. Maiores informações estão disponíveis em <<https://ibdfam.org.br/noticias/6992/Idealizado+pelo+IBDFAM,+projeto+de+lei+de+reforma+do+Direito+das+Sucess%C3%B5es+%C3%A9+apresentado+no+Senado>>. Acessos em set/2020.

declarada de assenhoreamento patrimonial deste, os herdeiros que buscaram a declaração de indignidade nada obtiveram do Juízo cível, que reconheceu a decadência do direito mesmo diante de sentença penal condenatória e de justificativa razoável: a ausência de provas para ajuizar a demanda a tempo⁵.

As questões surpreendem, sobretudo quando identificado que, em relação a outros países, como Alemanha, França e Portugal, a abordagem da indignidade sucessória aparenta ser diametralmente oposta à concepção brasileira, considerando relevantes a prévia condenação criminal e o conhecimento do fato ensejador da pecha civil pelos interessados.

A análise do que respalda o estudo envolve muitos aspectos, como a natureza do prazo estabelecido, seu termo inicial, o costume jurisprudencial, mas, sobretudo, a verificação da suficiência do suporte fático da indignidade sucessória e do modo como ele pode ser visto com o objetivo de solucionar os problemas práticos existentes. Sobre isso, é importante mencionar que a hipótese consistente no homicídio doloso tentado ou consumado terá maior centralidade no debate, pois se trata de tipo penal de maior gravidade que, por assim ser, conseguirá abarcar melhor todas as variáveis que se pretende refletir sobre o instituto como um todo.

Considerando a densidade dos assuntos, é imprescindível pontuar que o estudo visa a propor reflexões que as teorias tradicionais, se vistas da superfície, acabam por não responder quando esses casos jurídicos específicos se apresentam ao aplicador do direito. Trata-se, portanto, de uma atividade consciente de prospecção que utiliza a doutrina clássica - cujo valor se reconhece - como ponto de partida para revelar incongruências internas do ordenamento e, principalmente, tentar interligar as lacunas existentes.

Como mencionado, utilizou-se como recorte temático e bibliográfico a revisitação de obras clássicas que tratam da prescrição, decadência e fato jurídico (mais precisamente, Pontes de Miranda, San Tiago Dantas, Orlando Gomes, Caio Mário da Silva Pereira). Paralelamente, a doutrina mais contemporânea (nos nomes de Marcos Bernardes de Mello, Zelo Veloso, Giselda Hironaka, Paulo Lobo, Silvio Venosa, Rolf Madaleno e outros) foi indispensável para perceber de que modo e em que extensão o instituto da indignidade tem sido trabalhado.

Considerou-se necessária uma repartição do trabalho em duas grandes partes: uma destinada à análise mais teórica e abstrata sobre a indignidade sucessória dentro de seu ramo de nascer: o direito civil; e outra, composta por uma percepção mais prática do problema, buscando uma mais fácil visualização cotidiana e alcançando outras áreas do direito.

⁵ Trata-se da Apelação Cível nº 0017611-11.2007.8.16.0030, distribuída à 12ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Os maiores contornos do caso serão abordados no desenvolvimento do trabalho, mais especificamente no Capítulo IV.

No Capítulo I, a contextualização dos problemas já identificados na realidade fática será imprescindível para facilitar a compreensão das teses aventadas ao longo do escrito.

No Capítulo II, o instituto da indignidade será caracterizado em suas nuances próprias e em contraste à deserção. A parte final do segundo capítulo inicia a maior abstração jurídica do tema, imergindo o estudo na teoria do fato jurídico e, sobretudo, na ponderação acerca da suficiência do suporte fático estabelecido à indignidade sucessória. O Capítulo III trata da prescrição e decadência, colocando sobre as doutrinas clássicas as lentes do instituto, de modo a evidenciar a possibilidade de modulação do prazo decadencial atendendo satisfatoriamente à segurança jurídica.

Iniciando uma percepção mais prática do assunto, o Capítulo IV se reserva à independência dos juízos cível e criminal e à análise jurisprudencial e legislativa. O Capítulo V compreende o importantíssimo ponto de vista do direito comparado (direito alemão, francês e português). Por fim, a face constitucional da problemática será abordada no Capítulo VI. A conclusão do estudo se encarregará de apresentar proposições específicas para o problema em escrutínio, com base em cada capítulo da obra.

A metodologia utilizada corresponde à consulta a obras clássicas e contemporâneas, pesquisa jurisprudencial, com base nos bancos de dados dos Tribunais Estaduais do Paraná e de São Paulo, e análise legislativa de iniciativas sociais. Os documentos consultados, bem como os parâmetros de pesquisa, encontram-se nos documentos anexos, ao fim do trabalho.

PARTE I - PERCEPÇÃO JURÍDICA DA INDIGNIDADE SUCESSÓRIA

CAPÍTULO I – PRIMEIRAS PROSPECÇÕES: O QUE HÁ DE SER INVESTIGADO

1.1 O prazo para o ajuizamento da ação declaratória de indignidade

A fim de que o estudo seja direcionado desde logo com a localização de suas lacunas, é preciso estabelecer um quadro geral da indignidade sucessória, com o cuidado de não antecipar muitas das dúvidas que seguirão em diante.

O instituto é disciplinado no Capítulo V do Código Civil, nos artigos 1.814 a 1.818, e a presente análise cinge-se mais precisamente aos arts. 1.814 e 1.815 do *Codex*, que dispõem sobre as hipóteses de ocorrência da indignidade e sobre o prazo estabelecido para o ajuizamento da respectiva ação processual:

Art. 1.814. São excluídos da sucessão os herdeiros ou legatários:

- I - que houverem sido autores, co-autores ou partícipes de homicídio doloso, ou tentativa deste, contra a pessoa de cuja sucessão se tratar, seu cônjuge, companheiro, ascendente ou descendente;
- II - que houverem acusado caluniosamente em juízo o autor da herança ou incorrerem em crime contra a sua honra, ou de seu cônjuge ou companheiro;
- III - que, por violência ou meios fraudulentos, inibirem ou obstarem o autor da herança de dispor livremente de seus bens por ato de última vontade.

Art. 1.815. A exclusão do herdeiro ou legatário, em qualquer desses casos de indignidade, será declarada por sentença.

§1º O direito de demandar a exclusão do herdeiro ou legatário extingue-se em quatro anos, contados da abertura da sucessão.

§2 Na hipótese do inciso I do art. 1.814, o Ministério Público tem legitimidade para demandar a exclusão do herdeiro ou legatário.

Primeiramente, da leitura dos dispositivos acima, já se percebe que a indignidade sucessória se encontra numa região fronteira, dividindo espaço com o direito civil, de maior protagonismo neste trabalho, direito penal, direito constitucional e, lateralmente, com o direito processual civil. Por assim ser, é difícil não subsistirem lacunas normativas e incoerências no sistema, a depender do ângulo por que se observa.

Como primeira análise, ainda perfunctória, quando o parágrafo primeiro do art. 1.815 prevê que o prazo para o ajuizamento de ação declaratória é de 4 anos a partir da abertura da sucessão, abre-se possível discussão sobre a natureza jurídica desse prazo, em razão da modificação trazida pelo Código Civil de 2002, e também sobre seu termo inicial.

Uma vez que a indignidade só se declara por sentença, conforme o *caput* desse mesmo dispositivo, o legislador parece pressupor que o conhecimento acerca de sua causa e autoria é contemporâneo ao momento da ocorrência da morte conhecida do *de cuius*. Ignora-se, portanto, a possibilidade de a descoberta dos elementos que integram o suporte fático para indignidade ocorrer após os 4 anos da morte do autor da herança.

Lateralmente, muito embora a propositura da ação cível dispense prévia condenação criminal, a redação legal, tal como está posta, acaba por relativizar a segurança jurídica necessária à apuração da causa de indignidade, sem considerar que a morosidade de eventual investigação preliminar e para o procedimento no Juízo Criminal pode percorrer, facilmente, mais de 4 anos⁶.

Significa dizer que, na hipótese de um processo criminal perdurar para além do interím previsto, *v.g.*, estaria a família do autor da herança rendida à extinção do direito de declarar indigno tal herdeiro, diante da natureza decadencial de tal prazo que, *a priori*, por assim ser, não se interrompe ou se suspende anteriormente ao ajuizamento da ação declaratória de indignidade ou no curso processual.

Essa relação com eventual necessidade de ação criminal também pode ser grande protagonista nas discussões sobre competência, independência entre os juízos cível e penal, certeza e segurança jurídica, assim como a eficácia do ajuizamento da demanda na esfera cível.

Quando se fala sobre prazos, seja os de direito material, como no caso, seja os de direito processual, é impossível não salientar que, em que pese seu objetivo final seja a pacificação social, o instrumento que os disciplina necessitar ser eficaz em garantir que a devida preclusão temporal se opere. Contudo, não se pode admitir que esta esteja desacompanhada de um suporte fático verdadeiramente suficiente (concretizado) a justificar a incidência da norma que carrega consigo o termo final para exercício da pretensão ou da existência do direito⁷.

⁶ Conforme o último relatório produzido pelo Conselho Nacional de Justiça ("Justiça em Números 2020", que teve por base o exercício do ano de 2019), "O tempo médio de duração dos processos em tramitação no 2º grau é de 2 anos e 1 mês (2,6 vezes superior ao tempo de baixa); o tempo médio de duração dos processos em tramitação na fase de conhecimento de 1º grau é de 3 anos e 6 meses (2,4 vezes superior ao tempo de baixa); e o tempo médio de duração dos processos em tramitação na fase de execução do 1º grau é de 6 anos e 9 meses (1,2 vez superior ao tempo de baixa)." Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/08/WEB-V3-Justiça-em-Números-2020-atualizado-em-25-08-2020.pdf>> Acesso em out/2020.

⁷ Reflexão importada da Teoria do Fato jurídico. A teoria do fato jurídico compreende que o mundo do direito seria formado por todos os fatos jurídicos, estando, portanto, dentro do mundo dos fatos (material). A comunicação entre esses mundos, por sua vez, ocorre pela chamada incidência sobre o suporte fático, ou seja, sobre os elementos que compõem a hipótese da norma jurídica. Nesse sentido, a incidência deve se configurar mediante a suficiência do suporte fático. Melhor aprofundamento a respeito está no Capítulo III deste Trabalho, que utilizou como base a obra de Marcos Bernardes de Mello: MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do Fato Jurídico: Plano da existência**, 22ª edição. São Paulo: Editora Saraiva Educação, 2019.

A ponderação racional da suficiência acerca desse amparo fático faz surgir as perguntas: por se tratar de prazo decadencial, o não exercício do direito é suficiente para permitir que o indigno se assuma herdeiro? É razoável concluir que, na maioria das vezes, essa “omissão” se justifica por fatores alheios à vontade da família do *de cuius* e interessados? Há espaço para repensar, portanto, o termo inicial do prazo estabelecido pela lei?

Ainda na perspectiva do direito privado, também não se poderia olvidar o tão falado princípio do *droit de saisine*, segundo o qual a transmissão da posse e/ou da propriedade aos legatários inicia-se no exato momento do passamento do *de cuius*. Sendo ou não uma ficção jurídica - o que comporta posterior debate - seus reflexos na prática certamente são questionáveis, ainda mais quando se colocam diversas ressalvas à imediatidade da pretendida transmissão⁸; exceções essas que, aparentemente, são regra na cultura brasileira.

Por outro lado, a discussão agora ultrapassa os limites privatistas, enxergando-se nítido ponto de contato com o direito constitucional, na medida em que a exclusão de herdeiro legalmente prevista aparenta colidir com o direito fundamental à herança, positivado na Constituição Federal de 1988. Ademais, o princípio da presunção de inocência - rediscutido em recente e acalorado debate no Supremo Tribunal Federal⁹ -, afigura-se importante elemento ao deslinde deste estudo. Não obstante se repute valorosas as ressalvas quanto à constitucionalização do direito civil, o sistema vigente reclama tais reflexões.

Independentemente de quais as respostas posteriormente encontradas neste estudo, se os questionamentos não se fizerem ao menos presentes, a paz e a segurança social a que se destinam os prazos serão ontologicamente fragilizadas - pelo menos na perspectiva da justiça à qual, como se sabe, o direito, ainda que muitas vezes com ela colidente, é instrumento e servo.

Diante disso, a problemática em mesa recai não apenas sobre a natureza jurídica de seu prazo ou sobre como se daria o fluir da decadência/prescrição, mas também e, propriamente, sobre o marco estipulado como início de sua contagem e sobre as variáveis externas a sua esfera natural, pois estas auxiliarão diretamente no preenchimento dos quesitos analisados.

Em acréscimo, as hipóteses que autorizam a exclusão do herdeiro (art. 1.814) também atraem dúvidas sobre sua exígua extensão, frente à realidade atual.

⁸ Nesse sentido, HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novais. PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Direito das Sucessões. Inventário e Partilha**. 2ª ed. Belo Horizonte: Editora del Rey, 2007. p. 46.

⁹ Em 7 de novembro de 2019, o Supremo Tribunal Federal concluiu julgamento das Ações Declaratórias de Constitucionalidade (ADC) 43, 44 e 54, assentado, por 6 votos a 5, a constitucionalidade da regra do art. 283 Código de Processo Penal, que prevê o esgotamento de todas as possibilidades de recurso para o início do cumprimento da pena.

Nesse momento inicial, já se pode concluir que os contornos colocados ao instituto sucessório aparentam não se harmonizar à dinâmica brasileira e não são coesos em seu tratamento positivado.

1.2 Arcabouço legal a ser investigado

Feita a primeira contextualização do problema e suas nuances, é preciso situar o leitor no arcabouço legal que pode ser investigado para aprofundar a discussão teórica sobre os temas mencionados.

Inicialmente, em regra, a decadência não admite suspensão nem interrupção, sendo inclusive isso, junto a outros aspectos, que a diferencia da prescrição.

Há uma razão de ser para este enrijecimento. Contudo, há exceções – algumas na própria lei e outras na jurisprudência – que apontam para a possibilidade de suspensão ou interrupção do prazo desta natureza, bem como para a possível incidência da teoria (também chamada de princípio) *actio nata*, aplicável ao instituto da prescrição. Respectivamente:

No Código Civil, em suas regras gerais:

Art. 207. Salvo disposição legal em contrário, não se aplicam à decadência as normas que impedem, suspendem ou interrompem a prescrição

Art. 208. Aplica-se à decadência o disposto nos arts. 195 e 198, inciso I.

Art. 195. Os relativamente incapazes e as pessoas jurídicas têm ação contra os seus assistentes ou representantes legais, que derem causa à prescrição, ou não a alegarem oportunamente.

Art. 198. Também não corre a prescrição:
I - contra os incapazes de que trata o art. 3º.

Na Lei nº 14.010/2020, que estabeleceu o regime jurídico emergencial e transitório das relações jurídicas de direito privado no período da pandemia do coronavírus Covid-19:

Art. 3º Os prazos prescricionais consideram-se impedidos ou suspensos, conforme o caso, a partir da entrada em vigor desta Lei até 30 de outubro de 2020.
§1º Este artigo não se aplica enquanto perdurarem as hipóteses específicas de impedimento, suspensão e interrupção dos prazos prescricionais previstas no ordenamento jurídico nacional.
§2º Este artigo aplica-se à decadência, conforme ressalva prevista no art. 207 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil).

No Código de Defesa do Consumidor:

Art. 26. O direito de reclamar pelos vícios aparentes ou de fácil constatação caduca em:

I - trinta dias, tratando-se de fornecimento de serviço e de produtos não duráveis;

II - noventa dias, tratando-se de fornecimento de serviço e de produtos duráveis.

§1º Inicia-se a contagem do prazo decadencial a partir da entrega efetiva do produto ou do término da execução dos serviços.

§2º Obstat a decadência:

I - a reclamação comprovadamente formulada pelo consumidor perante o fornecedor de produtos e serviços até a resposta negativa correspondente, que deve ser transmitida de forma inequívoca;

III - a instauração de inquérito civil, até seu encerramento.

Destarte, há espaço para refletir sobre o manejo do início do prazo decadencial a depender da situação fática que está sendo regulada, repensando qual o critério utilizado pelo legislador para desencadear a sua fluência.

O Código Tributário Nacional assim coloca, nesse sentido:

Art. 173. O direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após 5 (cinco) anos, contados:

I - do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado;

II - da data em que se tornar definitiva a decisão que houver anulado, por vício formal, o lançamento anteriormente efetuado.

Parágrafo único. O direito a que se refere este artigo extingue-se definitivamente com o decurso do prazo nele previsto, contado da data em que tenha sido iniciada a constituição do crédito tributário pela notificação, ao sujeito passivo, de qualquer medida preparatória indispensável ao lançamento.

Art. 150. O lançamento por homologação, que ocorre quanto aos tributos cuja legislação atribua ao sujeito passivo o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa, opera-se pelo ato em que a referida autoridade, tomando conhecimento da atividade assim exercida pelo obrigado, expressamente a homologa.

§4º Se a lei não fixar prazo a homologação, será ele de cinco anos, a contar da ocorrência do fato gerador; expirado esse prazo sem que a Fazenda Pública se tenha pronunciado, considera-se homologado o lançamento e definitivamente extinto o crédito, salvo se comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação.

Novamente, o Código Civil de 2002, em outros temas que não a indignidade sucessória, inúmeras vezes considera fatores da realidade social para conformar o termo *a quo* e até mesmo a quantificação do prazo decadencial.

Tratando da anulação de negócio jurídico, o legislador estabeleceu que, no caso de representação conflituosa entre representante e representado, o prazo de natureza decadencial se iniciaria com a conclusão do negócio ou da cessação de incapacidade, colocando como elemento determinante para a incidência da regra a necessidade de conhecimento do fato¹⁰.

¹⁰ Art. 119, CC. É anulável o negócio concluído pelo representante em conflito de interesses com o representado, se tal fato era ou devia ser do conhecimento de quem com aquele tratou.

Demais casos de anulação do negócio jurídico estão arrolados no art. 178, também variando o prazo de decadência de acordo com a causa de anulabilidade. Exemplo interessante é o contido no inciso I, que estabelece a cessação da coação, ou seja, o início da livre manifestação de vontade como autorizador da fluência do prazo, e não a data que esta a coação se configurou. Diferente é o caso previsto no inciso seguinte, em que para erro, dolo, fraude contra credores, estado de perigo ou lesão, a data de realização do negócio jurídico é o termo inicial da decadência¹¹.

Também não se poderia deixar de mencionar o art. 1.560 do mesmo diploma, que, tratando de direito de família, autoriza a anulação do casamento estabelecendo extensões de prazos diferentes para cada causa, todos, porém, iniciados com a celebração do matrimônio¹².

O parágrafo segundo deste mesmo dispositivo, todavia, estabelece que a fluência do prazo se iniciará com o conhecimento da celebração, quando configurada a hipótese do art. 1.550, inciso V (realização da celebração pelo mandatário, sem que ele ou o outro contraente soubesse da revogação do mandato, e não sobrevivendo coabitação entre os cônjuges).

Atentando-se ao princípio constitucional da presunção de inocência (art. 5º, LVII - *ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória*), poderia se cogitar, inicial e eventualmente, a impossibilidade de o Juízo Cível – perante o qual tramita a ação declaratória analisada – concluir pela autoria, coautoria ou participação em crime de homicídio sem prévia condenação na esfera criminal.

E, desta forma, embora a parte final do §1º do art. 1.815 do Código Civil adote como termo inicial a “*abertura da sucessão*”, a referida regra constitucional, por verticalidade, também poderia conferir alguma razão jurídica, conjuntamente à teoria *actio nata*, à ideia de que a contagem do prazo para proposição da ação declaratória de indignidade, com base na ocorrência de homicídio doloso, passe a fluir com o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, por exemplo.

Parágrafo único. É de cento e oitenta dias, a contar da conclusão do negócio ou da cessação da incapacidade, o prazo de decadência para pleitear-se a anulação prevista neste artigo.

¹¹ Art. 178, CC. É de quatro anos o prazo de decadência para pleitear-se a anulação do negócio jurídico, contado: I - no caso de coação, do dia em que ela cessar;

II - no de erro, dolo, fraude contra credores, estado de perigo ou lesão, do dia em que se realizou o negócio jurídico;

III - no de atos de incapazes, do dia em que cessar a incapacidade.

¹² Art. 1.560, CC. O prazo para ser intentada a ação de anulação do casamento, a contar da data da celebração, é de:

I - cento e oitenta dias, no caso do inciso IV do art. 1.550;

II - dois anos, se incompetente a autoridade celebrante;

III - três anos, nos casos dos incisos I a IV do art. 1.557;

IV - quatro anos, se houver coação.

Entretanto, tal possibilidade é de aplicação questionável, devido às razões de ser do juízo cível e criminal, distintas em relação a sua pretensão, a relativizar o rigor do princípio mencionado. É claro, contudo, que tal garantia principiológica reverbera, em via unilateral, no Juízo Cível, pois o Código de Processo Penal, que por sua vez assim disciplina:

Art. 65. Faz coisa julgada no cível a sentença penal que reconhecer ter sido o ato praticado em estado de necessidade, em legítima defesa, em estrito cumprimento de dever legal ou no exercício regular de direito.

Art. 66. Não obstante a sentença absolutória no juízo criminal, a ação civil poderá ser proposta quando não tiver sido, categoricamente, reconhecida a inexistência material do fato.

Art. 67. Não impedirão igualmente a propositura da ação civil:
I – o despacho de arquivamento do inquérito ou das peças de informação;
II – a decisão que julgar extinta a punibilidade

Quanto a isso, o art. 200 do Código Civil aqui pode ressoar, pois dispõe, claramente, que: *“quando a ação se originar de fato que deva ser apurado no juízo criminal, não correrá a prescrição antes da respectiva sentença definitiva”*.

Esta autorização, se estendida à decadência, poderia dirimir a insegurança e o *gap* jurídico advindos da demasiada prolongação temporal até o trânsito em julgado da sentença condenatória. E a despeito do ainda pendente debate sobre a natureza jurídica do prazo aqui em estudo, os motivos da norma são fortes para autorizar, excepcionalmente, esta extensão – com o cuidado de dizê-lo tão somente a respeito da hipótese de indignidade causada por crime de homicídio doloso, tipo penal de maior gravidade.

Não sendo isto o bastante, cumpre salientar que, por simples razoabilidade, há questões que são de impossível resolução completamente autônoma, porque transcendem a esfera estritamente particular ou privada. Poderia se declarar indigno alguém que não foi condenado pelo crime que fundamenta a indignidade? A doutrina majoritária¹³ discorre positivamente a

¹³ Isso ocorre muito mais por uma brevidade na abordagem do tema do que por um discorrer aprofundado sobre a questão. Os artigos e manuais "passam" pela matéria já tomando como sedimentada a desnecessidade de ação penal e/ou sentença condenatória. A título exemplificativo: “A doutrina é unânime em afirmar a desnecessidade da sentença penal condenatória para que se opere a indignidade do âmbito civil. Venosa assevera que para incidência da norma basta haver o crime, não dependendo de condenação criminal. Zeno Veloso comparando o sistema jurídico brasileiro com o português e o francês, afirma que aqueles sistemas exigem prévia condenação criminal, mas nem o Código Civil revogado e nem o atual mencionam como pressuposto a condenação criminal” (LEITE, Gisele. Esclarecimentos sobre exclusão do direito sucessório por indignidade e deserção. **Academia Brasileira de Direito Processual Civil**. Disponível em: <<https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-civil/esclarecimentos-sobre-exclusao-do-direito-sucessorio-por-indignidade-e-deserdacao/>> Acesso em abr/2020. Também é possível citar: “O Código Civil não exige que tenha havido decisão judicial condenatória, no âmbito penal, nem seu trânsito em julgado. Basta a prova que se faça no juízo cível do fato delituoso. A sanção civil não depende da sanção criminal. Todavia, se houver decisão judicial criminal absolutória, esta prevalecerá no âmbito

respeito desta autorização, contudo, cancelar essa possibilidade sem quaisquer ressalvas significaria que, de qualquer forma, o Juízo Cível analisaria a constituição de matéria penal, já que são necessárias provas de ocorrência de atentado contra a vida e autoria, ainda que sem ação penal concomitante.

Com a inversão desse raciocínio, a incongruência normativa fica ainda mais evidente: se o Juízo Cível, na análise do caso, então conclui pela pertinência da indignidade e, por consequência lógica, pela subsunção do fato à norma (inciso I do art. 1.815), que efeito isto teria para o Juízo Criminal, no caso de ainda não provocado, senão o da necessidade inafastável – por interesse público, inclusive – de se apurar o crime previamente verificado em esfera cível? Ou ainda, com que fundamentos o Juízo Cível poderia denegar a exclusão do herdeiro mesmo diante da existência de uma sentença penal condenatória? A possibilidade de isto acontecer, mesmo que real, como posteriormente será mencionado, é ínfima.

Por tais razões, é certo que, para formulação de uma hipótese à resolução do conflito aqui enfrentado, será necessário analisar cada temática brevemente introduzida.

cível, pois este é o critério adotado pelo direito brasileiro, para superação do eventual conflito das decisões judiciais” (LÔBO, Paulo. **Direito Civil 6 - Sucessões**. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2019, livro virtual, não paginado).

CAPÍTULO II - O INSTITUTO DA INDIGNIDADE

2.1. Noções gerais

A indignidade se define como uma das formas de exclusão do indivíduo com capacidade para suceder da ordem de vocação hereditária, tendo por finalidade a punição estritamente pessoal daquele que praticou, em autoria, coautoria ou como partícipe, atos questionáveis contra o autor herança - quais sejam: atos contra a vida, honra e liberdade de testar -, de modo a tornar inviável sua participação em quota patrimonial a que teria direito.

Em outras palavras, a *indignitas*, nascida do direito romano, atinge, apenas por meio de sentença em ação declaratória própria, a situação jurídica¹⁴ do sujeito de direito (inicial herdeiro) em relação ao falecido e a seus bens hereditários.

A indignidade é um autêntico instrumento de exclusão, não de incapacidade, nem ilegitimidade. A nota é necessária pois já houve na doutrina discussão sobre sua natureza jurídica, além de que o sistema jurídico português reputa a indignidade como forma de incapacidade sucessória – o que merece crítica. Isso porque a indignidade é personalíssima, e por isso admite que os herdeiros do indigno assumam seu direito de representação, o que seria inviável se incapaz o indigno fosse.

Ademais, Silvio Rodrigues esclarece que, se na incapacidade o herdeiro jamais seria chamado a suceder, na aplicação de pena civil, o sucessor é convocado e conserva a herança até que passe em julgado a decisão judicial que o excluiu¹⁵.

O fundamento do instituto está na quebra do vínculo presumidamente afetivo existente entre o herdeiro ou legatário e o *de cujus* – o que ressalta a relevância do caráter pessoal

¹⁴ Entende-se que a indignidade consiste na privação, mediante exclusão direta, do herdeiro em adquirir a herança. Prova disso é que, como posteriormente será mencionado, a sentença que declara a indignidade retroage à abertura da sucessão, ou seja, excluindo definitivamente o herdeiro, como se ele nunca tivesse sido chamado a suceder.

¹⁵ RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil: Direito das Sucessões, Volume 7**. 25ª ed., revista e atualizada por Zeno Veloso. Editora Saraiva, 2002, p. 66. Demais comentários sobre o tema merecem destaque: “(...) a sucessão hereditária assenta na afeição real ou presumida do defunto pelo ofensor, afeição que deve despertar neste último um sentimento de gratidão. A quebra desse dever de afeição acarreta a perda da sucessão; (...). Escritores modernos e antigos insistem na diferença que existe entre incapacidade *para suceder*, que é a inaptidão de alguém para receber uma herança, por razões de ordem geral que independem de seu mérito ou demérito, e *indignidade*, que é a perda da herança como pena imposta ao sucessor capaz, em virtude de atos de ingratidão por ele praticados contra o defunto. No dizer de PLANIOL, a indignidade supõe capacidade para suceder e se funda em motivos pessoais do indigno. A distinção talvez oferecesse maior interesse no passado, pois nos casos de indignidade, e segundo os termos das Ordenações (Liv. II, Tít. 26, §19), a herança de que era privado o indigno se incorporava ao patrimônio da Coroa portuguesa. Todavia, após a abolição da pena de confisco pelo art. 179 da Constituição do Império, a distinção perdeu uma parte de seu relevo, pois quer ocorra a indignidade, quer a incapacidade, a herança passará aos demais herdeiros legítimos do finado”(itálicos no original).

(subjetivo) da relação sucessória e os efeitos patrimoniais que recaem sobre esta, a partir de conduta que coloca em dúvida sua genuinidade moral¹⁶.

Assim, para além dessa preocupação com o *modo* da relação firmada em vida entre autor da herança e o herdeiro, a razão de ser da indignidade sucessória repousa em valores e interesses sociais comunitários, transbordando então a lógica restrita à proteção de honra subjetiva e relação privada patrimonial. A gravidade dos fatos eventualmente ocorridos agrega à indignidade seu valor e função social.

Sobre este ponto, uma vez que o fenômeno jurídico em si compreende uma dimensão política, na qual são valoradas as condutas consideradas dignas de tutela, a encarnação do “*próprio espírito do povo, suas tradições, seus costumes, sua consciência cívica*”¹⁷ faz com que, além da punição pelo crime, seja devida e necessariamente protegida, no juízo cível, a herança (aspecto patrimonial) do falecido.

Nesse sentido, na indignidade sucessória, os valores sociais corrompidos, a depender da hipótese praticada, são a liberdade, eticidade, dignidade, gratidão e segurança social – fundamentos elementares da relação intersubjetiva humana e, acima de tudo, a moralidade e boa-fé presumida nas relações familiares.

Caio Mário da Silva Pereira estabelece especificamente que é repugnante à ordem jurídica e à moral a possibilidade de que alguém “*venha alguém a extrair vantagem ao patrimônio de pessoa a quem ofendeu, além de constituir motivo que previne e pune o ilícito do herdeiro*”¹⁸. Assim, as funções preventiva e repressiva, que usualmente se materializam na pretensão punitiva estatal do Juízo Criminal, são transpostas ao Juízo Cível.

Como já destacado no capítulo anterior, as hipóteses de configuração estão arroladas no art. 1.814 do Código Civil, rol este *numerus clausus*:

Art. 1.814. São excluídos da sucessão os herdeiros ou legatários:

I - que houverem sido autores, co-autores ou partícipes de homicídio doloso, ou tentativa deste, contra a pessoa de cuja sucessão se tratar, seu cônjuge, companheiro, ascendente ou descendente;

II - que houverem acusado caluniosamente em juízo o autor da herança ou incorrerem em crime contra a sua honra, ou de seu cônjuge ou companheiro;

¹⁶ Nota-se, neste ponto, o protagonismo da ética como fundamento do direito sucessório: “A sucessão hereditária assenta em uma razão de ordem ética: a afeição real ou presumida do defunto ao herdeiro ou legatário. Tal afeição deve despertar e manter neste o sentimento da gratidão ou, pelo menos, do acatamento e respeito à pessoa do de cujus e às suas vontades e disposições. A quebra dessa afetividade, mediante a prática de atos inequívocos de desprezo e menosprezo para com o autor da herança, e mesmo de atos reprováveis ou delituosos contra a sua pessoa, torna o herdeiro ou legatário indignos de recolher os bens hereditários”. GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil brasileiro, volume 7: Direito das Sucessões**. 4ª ed., São Paulo: Saraiva, 2010.

¹⁷ MELLO. Marcos Bernardes de. Teoria do Fato Jurídico: Plano da Existência. Obra citada, p. 51.

¹⁸ PEREIRA. Caio Mario da Silva. **Instituições de Direito Civil. Direito das Sucessões**. 19ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2012, p. 32.

III - que, por violência ou meios fraudulentos, inibirem ou obstarem o autor da herança de dispor livremente de seus bens por ato de última vontade.

A doutrina, embora majoritária pela taxatividade, traz críticas a esta concepção, seja pela possibilidade de interpretação mais maleável da lei pelo magistrado, mediante busca pela finalidade da norma¹⁹, seja em razão do valor moral de não beneficiar o criminoso pela prática de delito possivelmente não previsto em lei²⁰.

A recusa ao elastecimento, em contrapartida, deve-se à proibição da analogia *in malam partem* e à máxima *nula poena sine lege*, vez que as práticas que conduzem à indignidade tratam-se de tipos penais definidos.

Rolf Madaleno, um dos autores brasileiros que dedicou mais atenção à indignidade sucessória, critica, a este respeito:

Diante de todas essas modificações surgidas no comportamento humano, não obstante a sua relevância jurídica e social, em sede de Direito das Sucessões, não se verifica nenhum movimento doutrinário, legislativo ou jurisprudencial buscando determinar algum desajuste, desequilíbrio ou incoerência que sugerisse ampliar as hipóteses de exclusão de herança por indignidade ou por deserdação, mantendo os modelos estanques vigentes no Direito das Sucessões. Caso fosse perquirido, pesquisado ou questionado se eles continuam cumprindo com a função de proteção da família, ou se novos modelos devem surgir para realmente continuar protegendo a família que tanto mudou, e se, afinal de contas, injúrias, os maus-tratos, o abandono material e afetivo do ascendente ou descendente, fatos que a todo momento são sinalizados nas relações familiares, apesar de sua relevância, estranhamente não encontram nenhuma repercussão no sagrado direito à legítima e à sucessão. Diferentemente do Direito brasileiro, outros sistemas jurídicos, embora mantenham um calendário fechado de causas de indignidade, adaptaram a nova realidade social e ampliaram o leque de motivos de indignidade que nem sempre implicam atos positivos realizados pelo indigno (...). A inevitável conclusão diante do número restrito de causas de indignidade e de deserdação é que se trata, na atualidade, tal qual estão legalmente

¹⁹ A respeito de possíveis críticas à taxatividade do rol, fala-se na possibilidade de interpretação de acordo com a teoria finalista, v. g.: “Assim, permite-se ao magistrado, em cada caso concreto, interpretar as hipóteses de cabimento da indignidade (o que se aplica, com perfeição, à deserdação), taxativamente previstas em lei, a partir de sua finalidade, admitindo, assim, causas de indignidade correspondentes a condutas que se mostrem assemelhadas com os tipos contemplados em lei, por conta de sua finalidade e natureza. Ou seja, é possível admitir condutas que, conquanto não previstas no dispositivo, apresentam a mesma finalidade daquelas tipificadas em lei”. (FARIAS, Cristiano Chaves de. ROSENVALD, Nelson. NETTO, Felipe Peixoto Braga. **Manual de Direito Civil**. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 162-163).

²⁰ “A escolha feita pelo legislador dos delitos aptos ao reconhecimento da indignidade é absoluta e desarrazoada, reproduzindo preocupação para lá de antiquada e conservadora, pois prioriza a imagem social, deixando de fora do elenco crimes que têm repercussão muito mais danosa à pessoa da vítima. Injustificável a tentativa de limitar as causas a um rol de acontecimentos, como se fosse possível prever todas as atitudes que autorizam a exclusão. A maldade humana é imprevisível e ilimitada. Como o reconhecimento da indignidade depende de declaração judicial, de todo dispensável a enumeração legal. Melhor seria delegar ao juiz o encargo de identificar se o agir do herdeiro justifica a aplicação da pena. Para evidenciar o absoluto descabimento da limitação das causas da indignidade, basta figurar uma hipótese: seria absurdo excluir da sucessão o filho que injuria a mãe e contemplá-lo com direito sucessório se ele a estuprou. O jeito de evitar esse não senso é reconhecer o estupro como prática de crime contra a honra, ainda que não o seja (CC 1.814 II). De qualquer forma, trata-se de interpretação extensiva do elenco legal, que ninguém admite”. (DIAS, Maria Berenice. **Manual das Sucessões**. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, não paginado)

configurados, de institutos de muita pouca utilidade, justamente por deixarem de acolher condutas familiares altamente reprováveis (...) sem que o legislador promova uma imperiosa reflexão e configura aos institutos jurídicos da indignidade e da deserdação uma interpretação mais justa e muito mais adaptada aos tempos atuais²¹.

Apenas como exemplo mais atual da querela que se forma sobre o rol exauriente, a destituição do poder familiar como fator de exclusão sucessória tem sido encarada pela prática dos tribunais, muito embora ainda sem sucesso de formação de jurisprudência²². A proposta refletiu sua importância com a redação dos Projetos de Lei nº 6960, de 2002, e nº 867, de 2011, em tramitação na Câmara dos Deputados, que receberão mais detalhada análise quando do estudo das demais proposições legislativas que vêm cercando o instituto da indignidade.

A respeito do inciso I (homicídio doloso), que – frise-se – recebe maior atenção neste trabalho, cabe a nota de que apenas a modalidade dolosa do homicídio consumado ou tentado é capaz de ensejar a condição de indigno. Tal dispositivo sofreu brusca alteração quando da promulgação do Código Civil de 2002, pois foram incluídas como vítimas, além do autor da herança, também *seu cônjuge, companheiro, ascendente ou descendente*.

Não é necessária prévia condenação criminal, de modo que a prova do fato deve ser produzida diretamente no Juízo Cível. Cabe a observação, por fim, de que o móvel do crime, ou seja, a finalidade da prática delituosa desinteressa à declaração de indignidade.

Com relação ao segundo inciso do art. 1.814, este coloca tanto a acusação caluniosa do autor da herança em juízo quanto o crime contra a honra praticado em face do de *cujus*, seu cônjuge ou companheiro, como práticas ensejadoras da indignidade sucessória. A acusação caluniosa poderá ocorrer tanto em juízo criminal como cível²³.

Porém, apenas a segunda (crime contra a honra, envolvendo então calúnia, difamação ou injúria) exige sentença condenatória do herdeiro indigno neste sentido. Isso se dá em razão do vocábulo “*incorrer em crime*”, que pressupõe a existência de sanção penal decorrente de sentença condenatória.

²¹ MADALENO, Rolf. **Sucessão Legítima**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2019, p. 189.

²² Menciona-se uma decisão judicial favorável à extensão do rol para o caso de destituição do poder familiar: “AÇÃO DE INDIGNIDADE – DESERDAÇÃO DE ASCENDENTE - Pedido de exclusão da sucessão da genitora do falecido – De cujus que era interdito, tendo como curador, seu irmão – Destituição do poder familiar da genitora averbada na certidão de nascimento - Genitora que não cumpriu seu dever de amparo, sustento, não somente financeiro, mas psicológico, afetivo e físico – Desamparo do filho ou neto com deficiência mental ou grave enfermidade - Aplicação do artigo 1814, 1.815 e 1.963, IV do Código Civil - Hipótese de declaração de indignidade – Ausência de deserdação por testamento - Autor da herança civilmente incapaz que não poderia dispor através de testamento sobre seus bens – Hipótese afeta à causa de indignidade — Exclusão de sucessão da herança por sentença judicial - Sentença mantida – RECURSO DESPROVIDO. (TJSP. Apelação Cível 1000127-70.2014.8.26.0602; Relator (a): Maria Salete Corrêa Dias; Órgão Julgador: 6ª Câmara de Direito Privado; Foro de Sorocaba - 3ª Vara de Família e Sucessões; Data do Julgamento: 12/09/2018; Data de Registro: 12/09/2018)”.

²³ Idem, p. 193.

Sobre isso, convém interessante reflexão trazida por Luiz Edson Fachin que, falando sobre deserdação, trouxe raciocínio logicamente aplicável à indignidade sucessória:

A maior parte da doutrina, ainda que sem tecer maiores considerações sobre o tema, discorda desse entendimento, afirmando que, sem prévia condenação pelo crime contra a honra, inviáveis são a exclusão por indignidade e a deserdação. O argumento utilizado é que a norma prevê as sanções para “aqueles que incorrerem em crime contra a honra”, afirmando que incorrer em crime é o mesmo que ser condenado pelo crime. Esse é o entendimento, entre outros, de Eduardo de Oliveira Leite, Silvio Rodrigues, Maria Helena Diniz, Arnaldo Rizzardo e Giselda Hironaka. Nada obstante a controvérsia doutrinária, a análise do emprego do vocábulo “incorrer” no direito positivo – notadamente o Código de Processo Penal (LGL\1941\8) – é vinculada à aplicação de sanção, e não à conduta sancionada propriamente dita. Assim, têm-se como exemplos o art. 443, §1º do CPP (LGL\1941\8), que prevê que o jurado incorrerá em multa se não comparecer à reunião do júri, bem como o §3º do mesmo artigo, que dispõe que incorrerá em multa o jurado que se retirar antes de dispensado pelo presidente. À luz do emprego do vocábulo no Código de Processo Penal (LGL\1941\8), portanto, incorre-se em sanção (e não em crime) que, a seu turno, só pode decorrer de decisão condenatória. Nesse sentido, a conclusão acima conduz à exegese predominante na doutrina civilista, de que o crime contra a honra (exceto a denúncia caluniosa em juízo) somente pode gerar deserdação quando o seu autor for condenado criminalmente pelo delito, incorrendo na pena a ele correspondente²⁴.

Ora, do acima destacado pode-se inferir que o Código Civil de 2002, em termos de indignidade, não foi preciso na linguagem escolhida para referir à necessidade de condenação criminal, construção essa que precisou ser feita pela doutrina e que atualmente ainda levanta dúvidas. Ademais, notou-se uma visível quebra de paralelismo com relação aos demais incisos do artigo, não se sabendo o real motivo de apenas o crime contra a honra, se comparado ao homicídio, crime também de imensa gravidade, requisitar prévia sanção penal.

A última prática prevista para acarretar a exclusão do herdeiro diz respeito à liberdade testamentária do *de cuius*. Inclui-se aí a violência ou dolo, coação e artifícios usados para impedir o testamento, sua modificação ou revogação²⁵.

Quanto à natureza da ação de demandar a exclusão do herdeiro, esta é tida, pela doutrina majoritária, apesar do nome que recebe (declaratória), como constitutiva negativa - constitutiva porque cria, modifica ou extingue uma relação jurídica, e negativa pois, no caso da indignidade, tal relação é desconstituída. Entretanto, o efeito declaratório da ação persiste e se externaliza pelo efeito *ex tunc* da sentença - a condição de indignidade declarada em sentença transitada em julgado retroage à abertura da sucessão.

²⁴ FACHIN, Luiz Edson. Natureza Jurídica da Deserdação. **Revista dos Tribunais. Soluções Práticas – Fachin**, vol. 2, 2012, p. 221 – 239.

²⁵ VELOSO, Zeno. **Testamentos de acordo com a Constituição de 1988**. Belém: cejud, 1993, p. 450, *apud* MADELENO, Rolf. Sucessão Legítima...Obra citada, p. 196.

O prazo para o ajuizamento é de 4 anos, contados da abertura da sucessão. Para os absolutamente incapazes, o prazo não corre enquanto não atingida a capacidade, em razão do previsto no art. 3º e 198, I e 208 do Código Civil, que estende à decadência característica típica da prescrição²⁶. Maiores contornos sobre a ação declaratória serão abordados por ocasião do Capítulo III, quando estudados os critérios diferenciadores da prescrição e da decadência.

Feitos os apontamentos principais sobre a essência da indignidade, considera-se que, por didática, as demais características advirão do contraste com outro instituto semelhante, o da deserdação.

2.2 Distinção entre indignidade e deserdação

A distinção entre a indignidade (*indignitas*) e deserdação (*exheredatio*), repousa em seus contextos de cabimento, vez que ambos são comumente confundidos entre si por compartilharem alguns suportes fáticos e possuírem a mesma finalidade (exclusão de herdeiro da ordem de vocação hereditária).

Como primeiro ponto a ser destacado, tem-se que a fonte de nascimento de cada instituto é sensivelmente distinta. Introduce-se nova lição do professor Luiz Edson Fachin:

A regra, pois, é direta: a deserdação pressupõe delito ou outro ato reprovável, definido em lei, do descendente em face do ascendente. Por isso mesmo, a exheredatio pode ser vista como “dúplice via de mão geminada”: de uma parte, ascendentes podem deserdar descendentes, e vice-versa, de outro lado, a tentativa de prova da causa pode beneplacitar a demonstração da inexistência de motivo legal suficiente. É, enfim, uma manifestação de vontade negativa, embora, a rigor, favoreça outro herdeiro. (...). A deserdação é, pois, matéria de razoável produção doutrinária na linha em que a considera como sanção civil (...). Nada obstante se trate de sanção, como se sabe, a deserdação somente se pode operar mediante disposição testamentária: ou seja, não decorre a deserdação diretamente da lei, mas, sim, da vontade do testador, autorizado pela lei, à luz de rol taxativo de hipóteses. Diferencia-se, de tal modo, da indignidade: enquanto esta se opera por determinação legal, a deserdação se opera por autorização legal²⁷.

Disso se extrai que a deserdação nasce de uma vontade negativa manifesta exclusivamente pelo próprio autor da herança e de forma expressa, por meio de testamento. A indignidade, porém, emana da lei, que presume a vontade do *de cuius*, mesmo que morto.

²⁶ Art. 3º. São absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil os menores de 16 (dezesseis) anos.

Art. 198. Também não corre a prescrição: I - contra os incapazes de que trata o art. 3º

Art. 208. Aplica-se à decadência o disposto nos arts. 195 e 198, inciso I.

²⁷ FACHIN, Luiz Edson. Natureza Jurídica da Deserdação...obra citada.

Paulo Lobo, seguindo o mesmo entendimento, considera que a exclusão de herdeiro, por qualquer dos institutos, possui natureza jurídica de punição ou sanção civil para ilícitos penais e condutas imorais.

O autor menciona que tanto a indignidade quanto a deserdação acabam remontando à antiga “morte civil” no direito romano, na qual a pessoa condenada perdia seus direitos políticos e civis, abrindo-se sua sucessão como se morto fosse – a semelhança é visível posto que, mediante a exclusão, “*o herdeiro indigno ou deserdado é substituído por seus herdeiros ‘como se ele morto fosse antes da abertura da sucessão’*” (art. 1.816 do Código Civil)²⁸.

O Código Civil Português, inclusive, traz nota sobre a diferença dos institutos²⁹:

A deserdação é um instituto que habilita o autor da sucessão a privar o sucessível legitimário da sua legítima: depende da vontade dele e apenas respeita à sua legítima. Já a indignidade (artigo 2034º) é uma causa de ilegitimidade sucessória que, envolvendo a prática de crimes mais graves, constitui uma reacção sancionatória da lei (não depende da vontade do autor da sucessão) que priva o sucessível de um pressuposto da vocação³⁰.

Outra diferença está no fato de que, se por um lado a indignidade é possibilitada apenas por declaração em sentença e é restrita às práticas arroladas apenas no art. 1.814, para a deserdação, por sua vez, basta a vontade formal do *de cujus* manifesta em testamento e a ocorrência de um dos suportes hipotéticos dos artigos 1.814, 1.962 e 1.963 do *Codex*:

Art. 1.962. Além das causas mencionadas no art. 1.814, autorizam a deserdação dos descendentes por seus ascendentes: I - ofensa física; II - injúria grave; III - relações ilícitas com a madrasta ou com o padrasto; IV - desamparo do ascendente em alienação mental ou grave enfermidade.

Art. 1.963. Além das causas enumeradas no art. 1.814, autorizam a deserdação dos ascendentes pelos descendentes: I - ofensa física; II - injúria grave; III - relações ilícitas com a mulher ou companheira do filho ou a do neto, ou com o marido ou companheiro da filha ou o da neta; IV - desamparo do filho ou neto com deficiência mental ou grave enfermidade.

²⁸ LÔBO, Paulo. Sucessões...obra citada, não paginada.

²⁹ A doutrina portuguesa também explica a natureza do instituto: “Nunca poderá ser uma pena de Direito Criminal, senão, a condenação penal só por si bastaria para operar a deserdação, nem tão pouco um efeito da mesma condenação. Como propugna o Prof. Oliveira Ascensão, é «uma consequência autónoma no plano civil» e funda-se no acto reprovável do indigno «vis a vis» do autor da sucessão, e a sua incidência é tal no relacionamento entre ambos, que é capaz de remover todos os entraves de ordem pública que o legislador impôs à vontade do testador, devolvendo-lhe a sua plenitude”. (SILVA, Filipa da. **Deserdação e Direito Comparado** (Dissertação de Mestrado) Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2014, p. 15).

³⁰ Código Civil Português (Decreto-Lei nº 47 344, de 25 de Novembro de 1966) em versão digital. Disponível em: <<https://www.codigocivil.pt/>> Acesso em out/2020.

Destarte, é possível inferir que as causas que geram a indignidade também podem implicar a deserdação, mas a recíproca não é verdadeira.

Ambas, neste diapasão, possuem rol de cabimento exauriente, como já mencionado no tópico anterior.

Ademais, como se pode depreender por lógica, a deserdação opera exclusivamente em sucessão testamentária, ao passo que a indignidade opera na sucessão legítima e eventualmente na testamentária, como no caso em que, mesmo havendo cláusula testamentária de exclusão, esta é afastada.

Entretanto, ambos os institutos requerem a provocação do Judiciário: um com a abertura do testamento e outro com ajuizamento de ação declaratória.

Caio Mário da Silva Pereira difere que *“a indignidade opera como se fosse uma deserdação tácita, pronunciada pela Justiça”*³¹.

Na indignidade, os legitimados para a proposição são os interessados (herdeiros necessários ou legatários) e o Ministério Público³². A deserdação, por estar no âmbito da sucessão testamentária, exclui a participação do órgão ministerial.

Ainda cabe a pontuação de que a indignidade abrange também os fatos descobertos *a posteriori* à morte do autor da herança, feito não realizado pela deserdação, que, por se iniciar em declaração testamentária, congrega apenas os atos conhecidos pelo testador e indicados como motivação, esta não tácita, da deserdação anunciada.

Só por esta razão, já se pode entender que a indignidade sucessória se encontra sob pretexto de ordem pública e valor social coletivo, com o rigor da vontade da lei, cuja missão é restaurar dignidade do falecido; e a segunda encontra guarida no seio familiar interno e em

³¹ PEREIRA, Caio Mário da Silva. Sucessões...obra citada, p. 31.

³² Houve sensível discussão doutrinária sobre a legitimidade do Ministério Público para o ajuizamento de ação declaratória de indignidade. Inicialmente, Silvio Rodrigues assenta que, por se tratar de interesse privado, não público, não seria lícito permitir que a sociedade - representada pelo Ministério Público - imiscua-se no silêncio dos interessados diretos (RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil: Direito das Sucessões, volume 7**. 26ª ed. Revista e atualizada por Zeno Veloso. São Paulo: Editora Saraiva, 2003). Na contramão deste entendimento, Maria Helena Diniz, a partir da prerrogativa ministerial de guardião da ordem jurídica (art. 127, CF), aponta o interesse público e social no dever de impedir que o herdeiro questionado receba a vantagem patrimonial da herança. (Manual das Sucessões...obra citada). A legitimidade do órgão foi explicada de diferentemente por Silvio Venosa, que a justificou pela possibilidade e risco de não haver outros herdeiros para pleitear a exclusão, o que chama o Estado para assunção dessa responsabilidade. (VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito das Sucessões**. São Paulo: Editora Atlas, 11ª ed., 2011, p. 58).

A questão recebeu inicial resolução com o Enunciado nº 116 na I Jornada de Direito Civil, do Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal (2002), que propôs: “Art. 1.815: O Ministério Público, por força do artigo 1.815 do novo Código Civil, desde que presente o interesse público, tem legitimidade para promover ação visando à declaração de indignidade de herdeiro ou legatário”. A redação atual do art. 1.815 do Código Civil conta com o §2º, incluído pela Lei nº 13.532 de 2017, com a seguinte disposição “na hipótese do inciso I do art. 1.814, o Ministério Público tem legitimidade para demandar a exclusão do herdeiro ou legatário”.

vontade subjetiva, vez que há liberalidade do próprio autor da herança avaliar os atos contra si praticados e determinar se estes importarão, ou não, na exclusão do futuro herdeiro³³.

No caso de inexistir cláusula testamentária de deserdação, os interessados poderão pleitear a exclusão do herdeiro/legatário pela via da ação declaratória de indignidade, desde que cumulados os requisitos de comprovação ou indício do não conhecimento, pelo *de cujus*, da conduta do herdeiro a ser excluído e de encaixe hermético às hipóteses do art. 1.814 do Código Civil, já mencionadas.

Sobre outras distinções entre os dois institutos e suas características, podem-se brevemente citar: a) os destinatários da exclusão, na indignidade, podem ser os herdeiros necessários e legatários, ao passo que a deserdação se destina tão somente aos primeiros; b) como mencionado, os efeitos da sentença, na indignidade, retroagem à abertura de sucessão, ao passo que a deserdação já exclui o herdeiro tão logo a abertura do testamento aconteça, sendo apenas confirmada pelo Juízo; e c) em ambos os institutos é admitido o perdão (ato privativo e formal) ou reabilitação do ofensor.

Sobre a reabilitação do indigno/deserdado, uma nota é necessária, pois o tema é interessante: esta cabe unicamente ao ofendido, que será capaz de avaliar, em sua esfera pessoal, a relevância dos danos e ofensas sofridos. O perdão, como mencionado, requer ato autêntico (testamento ou escritura pública) e expresso. É irretratável e prevalece mesmo se o testamento for eventualmente anulado, mas pode ser impugnado por vício de vontade, erro, dolo ou coação. Caio Mário da Silva Pereira, sobre o testamento anulado, afirma:

Quid iuris, todavia, se o testamento caducar ou for anulado? No primeiro caso, não haverá no particular uma questão, porque a caducidade não o infirma como declaração válida de vontade, dentro na qual está o efeito remissivo. Alguns entendem que se for anulado o testamento, em que venha consignado o perdão concedido ao indigno, poderá aproveitar-se como ato autêntico, se tiver sido adotada a forma pública. Sendo, porém, outra a forma testamentária (particular ou cerrado), e não valendo como testamento, não terá efeito igualmente como ato autêntico. Orosimbo Nonato, à sua vez, apoiado em bons argumentos, sustenta a ineficácia da reabilitação, se for nulo o

³³ Apenas a título complementar, traz-se uma curiosidade doutrinária e uma observação a respeito da distinção dos institutos: “É sempre muito decantada e ventilada a conhecida posição refratária de Clóvis Bevilacqua à presença da deserdação na codificação nacional, que a qualificava de “instituto odioso e inútil. Odioso, porque imprime a última vontade do indivíduo a forma hostil do castigo, a expressão da cólera; e inútil, porque os efeitos legais da indignidade são suficientes para privar da herança os que, realmente, não a merecem”. (...) o fundamento ético-jurídico da indignidade é a proteção da ordem pública e social, tendo em vista que ela atua precipuamente sobre comportamentos criminosos, que, embora praticados na ordem privada, atingem de forma reflexa toda a coletividade, em contraponto à deserdação, que procura proteger e prestigiar a harmonia, o respeito, o afeto e a solidariedade nas relações familiares, abarcando geralmente ilícitos civis ou até mesmo atos moralmente condenáveis”. (POLETTI, Carlos Eduardo Minozzo. Apresentação e Comentários ao projeto de lei do senado federal (PLS 118/2010) que altera as disposições do código civil atinentes à indignidade sucessória e à deserdação. In: Família e Sucessões [livro eletrônico] / Yussef Cahali, Francisco José Cahali organizadores - 1. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015 - Coleção Doutrinas Essenciais)

instrumento que a contém, porque requer, além da capacidade do remitente, a forma prescrita³⁴.

A melhor compreensão da indignidade sucessória, e mais precisamente da crítica que ora se sugere, se perfectibiliza com o estudo de seu suporte fático, por meio da teoria do fato jurídico.

2.3 Teoria do fato jurídico, suporte fático e indignidade sucessória

A teoria do fato jurídico, por toda sua complexidade e valiosidade, sem dúvida alguma mereceria um capítulo próprio. Contudo, no presente estudo sobre indignidade, pretende-se reflexões pontuais tão somente sobre o suporte fático da norma jurídica sucessória, ou seja, sobre os fatos que as normas dos arts. 1.814 e 1.815 previram como ensejadores da indignidade sucessória e da incidência da caducidade. Assim, se de outra sorte se tentasse abordar todas as nuances dos fatos jurídicos como um todo, o risco de cair em uma análise injusta e desnecessariamente superficial da teoria seria alto.

Adentra-se ao tema pois, em que pese a principal análise do presente problema se projete sobre o prazo estipulado para o ajuizamento da ação declaratória, entende-se que o local de nascimento desta lacuna normativa é justamente o âmbito do suporte fático sugerido pelas regras do instituto.

Significa dizer que, se este espaço for detidamente questionado, a regra decadencial também poderá, por conseguinte, ser repensada, pois esta também se constitui como elemento do suporte fático e como fato jurídico autônomo.

Num primeiro momento, porém, uma observação de cunho didático é importante.

Ainda que a teoria do fato jurídico tenha sido pensada para caber a todo o direito, sem problemas de encaixe às demais áreas jurídicas que não o direito civil, há uma sensível dificuldade de transporte das molduras pensadas no direito privado para a área de toque entre as searas aqui analisadas. Isso porque está-se majoritariamente diante de ilícitos penais (sobre essa natureza, inclusive, não há dúvidas), sobre os quais incide regra puramente civilista.

Essa ressalva é, inclusive, mencionada por Marcos Bernardes de Mello, na apresentação de sua trilogia *Teoria do Fato Jurídico*, que servirá como base para a presente abordagem, posto que de contribuição valiosa ao direito:

³⁴ PEREIRA. Caio Mário da Silva. *Sucessões...* obra citada, p. 39.

Estamos acostumados, é verdade, a ver o fato jurídico estudado quase que exclusivamente como tema de direito civil. Praticamente só livros dedicados a esse ramo do direito tratam do assunto. Isso, segundo cremos, tem como origem a circunstância de que aquilo que conhecemos como Teoria Geral do Direito nasceu impregnado dos conceitos civilísticos (...). Ontologicamente, *o crime é um fato jurídico* (direito penal), como o são um decreto do Presidente da República que nomeia um funcionário público (direito administrativo), o ato de votar numa eleição (direito constitucional) (...). *Um crime é um fato jurídico ilícito*, como o é o de causar dano a patrimônio de outrem. Apesar disso, os pressupostos que tipificam um e outro, como também suas consequências próprias (geralmente, pena privativa de liberdade, para o crime, e obrigação de indenizar, para o ilícito civil), implicam a necessidade de estudá-los particularmente, naquilo que são específicos. (...). O que não é possível, cientificamente, é esquecer, ou desconhecer essa identidade essencial que existe entre eles: o ser *fato jurídico*³⁵.

Portanto, é plenamente natural que, estudando sobre direito civil, maior esforço seja gasto com os casos gerais e específicos desta natureza, e não com peculiaridades de faceta mista, como a presente.

Cabe iniciar o tema com a explicação elementar de que não existe mundo jurídico sem mundo dos fatos; aquele é composto tão somente pelos fatos ocorridos na realidade que são considerados, ou adjetivados, como *jurídicos*. E para que essa inserção no mundo jurídico logre êxito, ou seja, para que os mundos se comuniquem, antes de tudo é necessário haver uma seleção de elementos do mundo dos fatos (acontecimentos, ocorridos ou ainda não) que devem ser juridicizados em razão de sua relevância social.

Este momento de seleção – ainda não materializada – constitui a dimensão política (ou axiológica) do fenômeno jurídico – nela, há apenas uma revelação dos anseios que já existem no mundo social; ali são colhidos os valores essenciais à comunidade. É na dimensão normativa, de caráter dogmático, que ocorrerá a abstração lógica da norma por meio dos comandos. Na dimensão sociológica, por sua vez, é que finalmente acontece a realização social, como resultado da *incidência* acontecida no plano anterior³⁶.

Dá-se o nome de *suporte fático* ao conjunto de elementos que a norma prevê como hipótese para sua atuação. É, nesse sentido, segundo Bernardes de Mello, “*um plus em relação ao fato real, porque este é qualificado e acrescido das circunstâncias outras definidas pela norma para completá-lo*”³⁷.

³⁵ MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do Fato Jurídico...*, obra citada, p. 17-19.

³⁶ MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do Fato Jurídico...* obra citada, p. 52-55. O professor também considera “imperioso que o direito deve ser sempre analisado sobre o tríptico aspecto de valores, da norma e do fato, para que assim se possa ter uma ordem jurídica que, efetivamente, se realize no meio social”. Sobre dimensões, Miguel Reale, na Teoria Tridimensional do Direito, ao trazer abordagem mais abstrata e filosófica sobre a natureza da experiência jurídica, e discriminando os elementos entre si dialéticos “fato”, “valor” e “norma”, atenta para completa impossibilidade de dissociar as dimensões, sob pena de atrair uma interpretação incorreta da realidade jurídica. (REALE, Miguel. **Teoria Tridimensional do Direito**. São Paulo: Editora Saraiva, 1986).

³⁷ Idem, p. 112.

A *incidência*, por sua vez, para Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda, que inaugurou a teoria do fato jurídico e inspirou sua posterior sistematização, é o movimento de encontro entre o fato e a norma, que ocorre no mundo dos pensamentos. Esse fenômeno fica mais fácil de visualizar com o exemplo dado pelo autor na década de 1950, que, coincidentemente, discorre sobre parte do tema sob lente:

Quando o Código Civil estatui que, “aberta a sucessão”, isto é, morto alguém, “o domínio e a pose da herança se “transmitem”, desde logo, “aos herdeiros legítimos e testamentários”, estabelece que ao fato (jurídico) da morte suceda, imediatamente, o fato jurídico da transmissão dos bens; nenhum instante fica vazio entre a propriedade do falecido e a propriedade dos herdeiros. Tudo isso se desenrola mediante o pensamento, que está na regra jurídica (pensar vem de pesar), e incide nos fatos, ainda em queda (*incidere, cadere*) que só se passa no mundo dos nossos pensamentos, porém vemos em suas consequências: a entrada dos herdeiros na casa, a retirada dos objetos, o alojamento deles, a venda em leilão e a distribuição, entre eles, da quantia apurada³⁸.

Dai a relevância da determinação de cada suporte fático, posto que é sobre ele, somente sobre ele, que a incidência infalivelmente ocorre.

Se há defeito, incompletude, insuficiência no suporte fático da norma, há uma consequente distorção em seu transporte para o mundo jurídico. Sobre isso, não se poderia deixar de transcrever, aqui, duas exposições feitas pelo mesmo magistral autor: uma novamente sobre a incidência e o estudo do fato jurídico, e outra consistente em uma menção sobre os Estatutos da Universidade de Coimbra, Livro II, Título 3. Respectivamente:

Incidência e aplicação. Das considerações acima temos de tirar: (a) que é falsa qualquer teoria que considere apenas provável ou suscetível de não ocorrer a incidência das regras jurídicas (o homem não organizou a vida social deixando margem à não-incidência, porque teria sido ordenamento alógico, em sistema de regras jurídicas em que essas não poderiam ser), e.g., as teorias que afirmam que algumas regras jurídicas não se aplicam e, pois, não são (confusão entre incidência e aplicação); (b) que é essencial a todo estudo sério considerar-se, em ordem, a) a elaboração da regra jurídica (fato político), b) a regra jurídica (fato criador do mundo jurídico), c) o suporte fático (abstrato), a que ela se refere, d) a incidência quando o suporte fático (concreto), ocorre, e) o fato jurídico, que daí resulta, f) a eficácia do fato jurídico, isto é, as relações jurídicas e mais efeitos dos fatos jurídicos³⁹.

Capítulo 8, §5º: O verdadeiro e legítimo meio da sólida e exata aplicação das leis às causas forenses consiste, precisamente, na boa aplicação das regras e princípios do direito aos fatos, - depois de se terem bem explorado e compreendido todas as específicas circunstâncias dele; depois de se haverem confrontado com as

³⁸ MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Tratado de Direito Privado, Tomo I**. Campinas: Editora Bookseller, 2004, p. 221-222.

³⁹ Idem, p. 53.

circunstâncias das ditas regras e das leis, de que elas foram deduzidas, e com todas as determinações das leis e dos fatos, por meio de um bom e exato raciocínio⁴⁰.

O feixe dos fatos que podem compor o suporte da regra jurídica é realmente extenso. Dentre eles, pode-se falar no elemento cognoscitivo, ou seja, *o fato do conhecimento*. É necessário, contudo, que a lei atribua a tal conhecimento alguma eficácia para que este possa ser considerado como integrante do suporte fático – essa atribuição nem sempre vem expressa no texto legal, mas na maioria das vezes pode ser presumida⁴¹.

Como exemplo desse aspecto cognoscitivo, Bernardes de Mello, especificamente sobre a morte enquanto integrante do suporte fático, introduz:

A morte, por exemplo, somente compõe suporte fático quando conhecida (...), porque a sua prova constitui elemento que se integra ao fato geral para constituí-lo em suporte fático. Só a morte conhecida interessa à comunidade, e a juridicidade só existe em razão da intersubjetividade. Se alguém desaparece de seu domicílio e dele não se tem notícia, é considerado ausente, abrindo-se sucessão provisória de seus bens, decorrido certo tempo. Pode ocorrer que, de fato (= na realidade), aquela pessoa já esteja morta. Mas, se da morte não se tem conhecimento, ela é considerada apenas ausente, para os fins de direito - e não morta -, até que se tenha a prova de que morreu ou venha a ser declarada presumivelmente morta. (...). Assim, a morte é fato e a morte conhecida é suporte fático. (...). Os puros eventos naturais só interessam ao direito enquanto possam ser relacionados a alguém. A inviabilidade dessa relação (evento R homem) cria a impossibilidade lógica de se considerar o fato juridicizável (= possível de tornar-se fato jurídico). Assim, a referibilidade do fato da natureza ou do animal ao homem constitui elemento nuclear implícito de todo fato jurídico "stricto sensu".⁴²

Desta feita, explica-se que o fenômeno da morte é fato jurídico *stricto sensu*, porque esta categoria de fato jurídico independe, *a priori*, de ato humano - isto é, para sua configuração, eventual origem humana, como o homicídio, é prescindível. Contudo, faz-se necessário o seu conhecimento, presunção jurídica ou prova de ocorrência para que dela emane efeitos jurídicos. Assim, em que pese a lei não atribua expressa e especificamente o conhecimento à morte, é certo que apenas com o conhecimento é possível atribuir-lhe a eficácia jurídica.

Pode-se concluir, inicialmente, que a morte conhecida desperta, como integrante do suporte fático, todas as regras do Direito das Sucessões.

Atente-se ao vocábulo “integrar”.

⁴⁰ Idem, p. 222.

⁴¹ Quanto a isso, Pontes de Miranda toma como exemplo os vícios redibitórios disciplinados pelo art. 1.101 do Código Civil de 1916, dizendo: “no conhecimento que o art. 1.101 impõe, para não poder ser enjeitada a coisa, ou se poder pedir a diminuição do preço (art. 1.105), há de estar compreendido o vício; não basta o conhecimento externo da coisa: é preciso que se saiba haver o vício, pois só assim deixa de ser oculto”. A mesma reflexão importa às situações atinentes à boa-fé (subjéctiva). Idem, p. 189.

⁴² MELLO, Marcos Bernardes de Mello. *Teoria do Fato Jurídico...* obra citada, p. 111-112.

Para fins de mera *abertura de sucessão*, parece óbvio que a morte conhecida é o suporte fático em si. Contudo, analisando as regras do direito sucessório, há casos – a maioria deles – em que não basta a simples ocorrência deste fato para sua entrada no mundo jurídico (incidência), pois possuem suporte fático complexo, com a morte conhecida sendo apenas o *prius*.

Em um raciocínio lógico, por exemplo, para a ocorrência da vocação hereditária, é necessário que, além da morte conhecida ter ocorrido, existam herdeiros com capacidade sucessória - se constatada a incapacidade, a incidência, inafastável que é, sequer chegou a ocorrer, já que inexistente elemento necessário do suporte fático.

Para ocorrência de sucessão testamentária, da mesma forma, a existência do testamento é, além da ocorrência da morte conhecida e da existência de herdeiros, integrante do suporte fático da norma.

Para que incida a regra do art. 1.794⁴³, os elementos *existência de outro co-herdeiro e a vontade deste em ser cessionário* de quota hereditária também precisam estar presentes e ser verificados, para além da ocorrência da morte conhecida do *de cuius*.

Agora, para incidência da regra concernente à indignidade, da mesma forma, a mera ocorrência da morte conhecida não basta. A simples leitura do art. 1.814 indica que, à declaração da condição de indigno, é necessária a ocorrência de uma das hipóteses previstas – fatos jurídicos que, obviamente, devem integrar o suporte fático.

E não só isso. Somam-se à ocorrência de uma das hipóteses expressas outros elementos presumidos, por conseguinte: a necessidade de o herdeiro a ser declarado indigno inicialmente possuir capacidade sucessória e de ter ocorrido o fato sem o conhecimento e perdão do *de cuius*.

Ademais, por ser delito penal (homicídio) ato ilícito *stricto sensu*, a regra jurídica não dispensa análise de culpa como elemento necessário⁴⁴. É indispensável, pois, que ocorra essa aferição concreta, como Caio Mário da Silva Pereira afirma: “*o dolo é elementar na determinação do fato causal da exclusão, não se podendo cogitar desta em qualquer situação em que a perda da vida resultou de uma ausência de animus necandi*”⁴⁵.

Eis outro integrante do suporte.

⁴³ Art. 1.794, CC. O co-herdeiro não poderá ceder a sua quota hereditária a pessoa estranha à sucessão, se outro co-herdeiro a quiser, tanto por tanto.

⁴⁴ MIRANDA, Pontes de. **Tratado de Direito Privado, Tomo II**. Campinas: Editora Bookseller, 2004, p. 229. Da mesma forma, a redação do Código Civil não deixa dúvidas: *Art. 1.814. São excluídos da sucessão os herdeiros ou legatários: I - que houverem sido autores, co-autores ou partícipes de homicídio doloso, ou tentativa deste (...).*

⁴⁵ PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Instituições de Direito Civil. Direito das Sucessões**. Editora Forense, 19ª edição, 2012, p. 32.

Ainda, a imputabilidade penal também poderia ser integrante do suporte fático da indignidade sucessória. Há quem entenda que, no direito civil, não seria necessário atendimento a este conceito (arts. 26 e 27 do Código Penal⁴⁶), pois as pretensões das esferas são distintas: o direito penal persegue a punição pelo crime, e o direito civil tão somente a reparação dos danos⁴⁷.

Porém, considera-se mais acertada a corrente que entende relevante a inimputabilidade penal apenas nos casos de insanidade mental e deficiência, pois acabam atingindo diretamente o dolo da conduta (que, no caso de homicídio, a regra de indignidade sucessória exige expressamente o *animus*). No caso de inimputabilidade por menoridade, entende-se que esta pode ser facilmente desconsiderada para o âmbito civil.

Do até agora exposto, o que ora se defende é o conhecimento da autoria do fato criminoso pelos legitimados como integrante do suporte fático.

E isso porque, se a *juridicidade só existe em razão da intersubjetividade*, como mencionado, é certo que o conhecimento da autoria do crime é, juntamente à atestada materialidade da causa da morte do *de cujus*, pressuposto para que os outros integrantes do suporte fático da indignidade, brevemente mencionados acima, possam se concretizar⁴⁸.

Se o texto legal atual não expressa diretamente a necessidade de condenação criminal, é cabível a presunção de que tal condenação não integraria, a princípio, o suporte fático da indignidade – esta é a posição da doutrina majoritária e da jurisprudência nacional. Doutro lado,

⁴⁶ Art. 26, Código Penal. É isento de pena o agente que, por doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, era, ao tempo da ação ou da omissão, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento.

Art. 27 - Os menores de 18 (dezoito) anos são penalmente inimputáveis, ficando sujeitos às normas estabelecidas na legislação especial.

⁴⁷ Essa é a ideia que foi defendida por Clóvis Bevilacqua. Ao discorrer sobre os atos ilícitos e a culpa, o jurista fundamentou a dispensa da imputabilidade penal no campo civil em razão da distinta pretensão dos campos. Assim afirmou: “O direito penal vê, por traz do crime, o criminoso, e o considera um ente anti-social, que é preciso adaptar às condições da vida coletiva ou pol-o em condições de não mais desenvolver sua energia perversa em detrimento dos fins humanos, que a sociedade se propõe realizar; o direito civil vê, por traz do acto ilícito, não simplesmente o agente, mas, principalmente, a vítima, e vem em socorro dela, afim de, tanto quanto lhe fôr permitido, restaurar seu direito violado, conseguindo, assim, o que poderíamos chamar a eurythmia social reflectida no equilíbrio dos patrimônios e das relações pessoais, que se formam no círculo do direito privado. Estes dois pontos de vistas diferentes fazem com que, no direito penal, procuremos estabelecer a imputabilidade, e, no direito civil, nos satisfaça o vínculo de causalidade entre o agente e o prejuízo” (BEVILAQUA, Clóvis. **Theoria Geral do Direito Civil**. Atualizada por Achilles Bevilacqua, 5ª ed. Rio de Janeiro: Editora Paulo de Azevedo, 1951, p. 354).

⁴⁸ Outro exemplo dado por Pontes de Miranda a respeito da existência de múltiplos integrantes de um suporte fático e da sua concretização é referente às excludentes de ilicitude civil: “O ato, como elemento do suporte fático, é contrário a direito, mas o suporte fático somente se completaria e, pois, com a incidência do art. 159, entraria no mundo jurídico, se o elemento capacidade delitual se inserisse (art. 5º I-II), ou se não tivesse surgido o elemento excludente das regras jurídicas do art. 160, I e II”. Obra citada, Tomo II, p. 241.

porém, há discussões sobre se os termos “*autores, co-autores ou partícipes*” pressupõem a necessidade de sentença condenatória que tenha atestado a materialidade e autoria do crime.

Essa omissão e, sobretudo, essa incerteza terminológica, por si só, já são prejudiciais o suficiente a reclamar preenchimento *lege ferenda*. São o que causa a maioria das frustrações sociais, vez que o direito à exclusão é extinto sem quaisquer ressalvas em relação ao aguardo pelo descobrimento da autoria ou da condenação criminal, pois se utiliza a abertura da sucessão como marco inicial do direito potestativo.

Na visão de Marcos Bernardes de Mello, a suficiência do suporte fático e sua concreção (ocorrida mediante materialização de todos os elementos que compõem o suporte) envolve aspectos filosóficos e sociológicos, pois respingam tanto na interpretação da lei pelo aplicador do direito quanto *na validade do direito objetivo resultante das normas impostas pelo Estado* – que, como já dito, forma a dimensão política do fenômeno jurídico.

Explica-se, partindo do elemento do conhecimento:

Os sistemas jurídicos, em muitas situações, se satisfazem, apenas, com a comunicação de ciência dos fatos feita por alguém, em condições específicas; em outras, somente admitem a demonstração objetiva da materialização do fato. A questão da prova do fato é, portanto, de fundamental importância para a problemática da realização do direito, especialmente porque há certos casos – como os que envolvem atitudes psicológicas, por exemplo – em que a sua constatação empírica é, praticamente, impossível. A segurança jurídica no tráfico social, no entanto, não pode permitir que a incerteza quanto à apuração dos fatos e a precariedade de sua conferência com a verdade possam influir na estabilidade das relações inter-humanas e refletir na justiça, que deve ser o valor maior na realização do direito. Por isso é que a técnica jurídica, no sentido de reduzir, ao mínimo possível, a incerteza das situações, lança mão de soluções que nem sempre representam a realidade fática, mas que satisfazem a necessidade de segurança jurídica⁴⁹.

A situação descrita acima encaixa-se apenas parcialmente à análise do suporte fático do instituto em escrutínio. É certo que, na indignidade sucessória, o legislador aparenta dispensar a demonstração objetiva do fato, pois basta a suposta crença subjetiva na autoria e materialidade do crime para que se autorize o acionamento do Judiciário.

Porém, a justificativa sugerida para a autorização de *desconexão da realidade fática* do mesmo modo não se aplica à indignidade: sua constatação empírica não é impossível, de modo que é a modulação do prazo para o ajuizamento da ação declaratória, conforme a concreção do suporte fático suficiente, que tornará efetiva a segurança do tráfico social.

No próximo capítulo, que cuidará de analisar a regra decadencial, será mencionada a decadência como fato jurídico autônomo.

⁴⁹ MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do Fato Jurídico...* obra citada, p. 145 e 146.

CAPÍTULO III - PRESCRIÇÃO E DECADÊNCIA

Há muito se sabe que os institutos da prescrição e da decadência correspondem à regulamentação jurídica dos efeitos do tempo sobre o exercício do direito e sobre o direito em si, impedindo seu prolongamento indefinido e as muitas consequências que essa incerteza importaria. E por meio deles não apenas se fixa o fim de algo, mas talvez principalmente por eles se estabeleçam marcos iniciais importantes, como a morte, no caso do direito das sucessões; a vida, a despertar a personalidade humana para o direito; a maioridade, para entregar direitos a quem ainda não podia exercê-los plenamente; a violação de direitos e o conhecimento de fatos, entre outros.

Há inúmeras manifestações temporais projetadas do mundo fático ao plano jurídico.

Por assim ser, o fundamento comum entre os institutos está na garantia da resposta do direito, para tornar inviável a prestação jurisdicional devido à perda do direito ao exercício processual da ação ou em razão do reconhecimento da perda do próprio direito. Fala-se em efeitos do tempo, portanto, porque estes podem ocorrer de duas formas, como dito: encobrendo a eficácia do direito (prescrição) ou retirando-a totalmente (decadência, *caedere*).

Ambas as possibilidades servem, igualmente, à segurança jurídica, e não apenas porque são meios de pacificação de conflitos, mas porque entregam conhecimento e previsibilidade aos titulares de posições jurídicas e de direitos formativos⁵⁰. O conhecimento do tempo permite a consciência da posição do sujeito de direito em relação a si mesmo e a sua atuação, mas não só isso: também efetiva a expectativa do indivíduo a respeito da atuação estatal, com mencionado brevemente ao fim do capítulo anterior.

O tratamento dos institutos, ao longo das construções doutrinárias dedicadas ao seu estudo, assumiu diversas posições – houve a defesa de uma completa inexistência de diferença entre a prescrição e a decadência; a crença em uma relação analógica entre elas, com similaridades de função e de objeto; questionamentos sobre sua real utilidade prática no direito; e, mais recentemente, a criação de critérios científicos para sua efetiva distinção.

É certo que a faceta crítica quanto à utilidade prática desta separação revela-se radical frente à necessidade, agora conhecida, de regular de forma diferente os direitos de naturezas

⁵⁰ José Fernando Simão assim introduz: “Realmente, em se tratando de prescrição ou decadência, traz a lei os prazos e seu termo inicial, o que permite à pessoa que faz parte de uma relação jurídica conhecer com exatidão a data em que sua pretensão ou direito se extinguiu. A prescrição e a decadência geram uma tranquilidade social em decorrência da certeza de que o tempo resolve todos os problemas, ainda que não haja qualquer ação humana para resolvê-los” (SIMÃO, José Fernando. **Prescrição e Decadência: Início dos prazos**, Edição do Kindle, 2020, não paginado).

diferentes, mas a reflexão trazida por de Ulderico Pires dos Santos, por exemplo, é demasiadamente importante, porque chama atenção ao dever de se pensar o direito por seu viés prático – não no sentido de mero empirismo, mas de sua aplicação hábil, funcional e servível:

Moniz de Aragão, ao afirmar, por sinal muito bem, que a prescrição e a decadência são institutos a cujo respeito a elaboração doutrinária ainda está longe de haver chegado a resultado satisfatório, diz que, “como sucede em todos os temas controvertidos, as opiniões a respeito se antagonizam, encontrando-se os que entendem inexistir diferença entre ambos e os que dizem haver critérios seguros para diferenciá-los” (Cód. De Processo Civil, vol II, p. 463, Ed. Forense, 1974). (...). Entendemos que, no caso, o que importa é que tanto a perda da ação como a perda do direito não passam de mera consequência da perda de um prazo, para fazer valer o direito. É com o decurso do prazo previsto na lei para que a prescrição e a decadência se materializem, isto é, para deixarem de exprimir uma possibilidade, que o intérprete deve se preocupar. Não importa saber se quem nasceu primeiro foi o direito ou a ação. (...). Precisamos acabar com o que é muito difícil de compreender; necessitamos pôr fim ao que é enigmático, pouco inteligível ou sibilino. O direito não é, não pode ser um enigma. Há de ser dúctil e não dubitativo⁵¹.

Com efeito, não é exagero falar que, apesar do longo caminho percorrido até aqui, os abalos das discussões sobre o tema ainda são sentidos pela prática do direito. Não mais por indefinição e grandes divergências doutrinárias, nem mesmo pela dificuldade de se compreender os moldes hoje construídos, mas porque a forma de disciplina da lei, impenetrável, às vezes mais dificulta seu manejo de acordo com a realidade do que efetiva a segurança jurídica que tanto pretende.

Muito embora não se desconheça o considerável avanço já trazido nesse sentido pelo Código Civil de 2002, no mais das vezes a regra jurídica – no que toca a indignidade sucessória – ainda ignora o tempo de conhecimento do próprio direito por seu titular, como já exposto.

Cumprir fazer a mesma ressalva de quando da introdução da teoria do fato jurídico.

Nota-se que, nos estudos sobre os *institutos do tempo*, mesmo diante de um bom apaziguamento das dúvidas, é significativa a disparidade entre o esforço gasto com a prescrição e o empreendido com a decadência; a esta, ficam relegadas poucas páginas, em sua maioria apenas distintivas, excedentes, quanto à aquela.

⁵¹ SANTOS, Ulderico Pires dos. **Prescrição–doutrina, jurisprudência e prática**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1989, p. 104. O autor ainda é cirúrgico ao criticar o enrijecimento causado pela tremenda força das discussões sobre prescrição e decadência, mencionando algo específico, com o que se concorda: “Se para decidir a demanda o juiz encontrar uma solução justa, mais adequada à relação jurídica em debate, não importa que no passado ela tenha sido decidida de forma diferente, porque não se deve perenizar a realidade social. Sim, porque é esta que significa a grandeza considerada em abstrato; é dela, portanto, que deve emanar a elaboração jurídica, a interpretação, tendo sempre em mira, como propósito maior, o indivíduo, que é a causa primária das ciências jurídicas por ele inspirada e para ele criadas”.

Isso gera, sem sombra de dúvidas, uma necessidade de aprofundamento especial, tendo sempre como norte a sua autonomia em relação à prescrição, por se tratarem de fatos jurídicos diversos, com suportes fáticos diferentes e, conseqüentemente, que emanam efeitos jurídicos diferentes⁵².

De todo modo, as construções doutrinárias que deram maior contorno aos institutos se utilizaram, necessariamente: a) da análise da natureza do direito (se subjetivo ou potestativo); b) do modo de nascimento deste direito (se mediante violação que enseja pretensão ou de outro, dependendo de circunstâncias específicas); e, conseqüentemente, c) da natureza das respectivas ações judiciais que são o meio do efetivo exercício do direito à tutela jurídica.

O trabalho expoente deste percurso foi o de Agnelo Amorim Filho, que, com este encadeamento sucessivo e lógico, estabeleceu os critérios científicos para a distinção entre a prescrição e a decadência⁵³. A interpretação da obra permite assentar, de plano, algumas classificações gerais relacionadas à indignidade sucessória, mencionadas preliminarmente à prescrição e à decadência.

3.1 Classificações iniciais da ação declaratória de indignidade

A ação declaratória de indignidade sucessória se encaixa, conforme os critérios mencionados, como uma ação necessária e constitutiva negativa, que se reveste como a forma de exercício de um direito potestativo de “terceira categoria” (Chiovenda) conferido aos legitimados pelo art. 1.815 do Código Civil. Convém agora as explicações mais detalhadas.

Trata-se de direito potestativo conferido aos legitimados (herdeiros e Ministério Público) porque, por meio dele, influi-se sobre situação jurídica alheia - e a chave para tanto é a declaração ou exercício de vontade do interessado, e sua consequência é a criação de um estado de sujeição para o sugerido indigno.

Esse caráter potestativo do “*direito de demandar a indignidade*” advém, portanto, da dispensabilidade de prestação, por outrem, no plano material (obrigação, seja de dar, de fazer, não-fazer, ou quaisquer outras) e, de fato, mesmo na via processual, a sentença declaratória da indignidade também nada faz além de atingir a situação jurídica do herdeiro indigno.

⁵² LEONARDO, Rodrigo Xavier. A decadência como fato jurídico. **A Modernização do Direito Civil Volume II**. Coordenadores Venceslau Tavares Costa Filho e Torquato Da Silva Castro Junior. Editora Nossa Livraria, 2012, p. 197-207.

⁵³ AMORIM FILHO, Agnelo. Critério científico para distinguir a prescrição da decadência e para identificar as ações imprescritíveis. **Revista dos Tribunais**, v. 300. 1960.

O que se poderia esclarecer, para não deixar dúvidas, é que a sentença pode determinar a devolução dos bens que estavam em posse do indigno, em atendimento ao art. 1.817 do Código Civil – mas mesmo essa determinação positiva advém da declaração de desconstituição da condição de herdeiro, não de uma prestação previamente exigível.

Recebe a nomenclatura de direito "de terceira categoria" pois não é de primeira, área ocupada pelos direitos potestativos que dispensam via judicial, nem de segunda, reservada aos direitos que requerem anuência do sujeito afetado. A terceira categoria corresponde aos direitos potestativos que são acompanhados da obrigatoriedade de uma ação judicial, daí a ação ser chamada de "necessária".

E nesta seara, a partir da classificação das ações, seja pela teoria tripartida ou quinquipartida, pode-se entender que a ação analisada é do gênero constitutiva negativa. Não se trata de ação meramente declaratória, muito embora o nome cunhado na lei lhe dê esta aparência, pois não se busca tão somente uma certeza jurídica, com a qual *"o autor não colima a realização do direito"*⁵⁴, mas propriamente a extinção da situação jurídica do indigno em relação à herança do *de cujus*.

Contudo, reconhece-se a carga declaratória que a sentença de indignidade possui, pois atesta a desconstituição do direito hereditário do indigno, com efeitos retroativos à abertura da sucessão. A obra analisada resume cinco características das ações constitutivas:

a) - não pressupõem a existência de lesão a um direito, como ocorre nas ações condenatórias; b) - por meio delas não se exige uma prestação do réu, mas apenas se pleiteia a formação, modificação, ou extinção de um estado jurídico; c) - não são meio para se restaurar um direito lesado, mas meio pelo qual se exercitam duas classes de direitos potestativos; d) - não têm por objetivo a satisfação de uma pretensão, se se entender como tal "o poder de exigir de outrem uma prestação", pois os direitos potestativos são, por definição, "direitos sem pretensão"; (quando muito há, nas ações constitutivas, uma pretensão de natureza especial, isto é, uma pretensão dirigida contra o Estado, ou uma pretensão à tutela jurídica, ou "pretensão à prestação jurisdicional", como quer PONTES DE MIRANDA, mas ele mesmo acentua que não se deve confundir "pretensão de direito material" com "pretensão à tutela jurídica" - Comentários ao Código de Processo Civil, 1ª, ed., 1º vol., pág. 19); finalmente: e) - as sentenças proferidas nas ações constitutivas (positivas ou negativas) não são suscetíveis, e nem carecem, de execução, pois o conteúdo de tais ações se esgota com o provimento judicial que determina a criação, modificação, ou extinção do estado jurídico⁵⁵.

Apenas à primeira e à terceira característica caberiam alguma ressalva, e tão somente porque estão escritas como se absolutas fossem, não porque o autor se equivocou de algum modo. Quanto à inexistência de uma violação de direito, cabe a pontuação de que, por óbvio,

⁵⁴ AMORIM FILHO, Agnelo. *Crítério científico...* obra citada, p. 10.

⁵⁵ Idem, p. 11.

inexistirá interesse jurídico ou direito à tutela jurídica se não ocorrida violação de direito no mundo material. No caso da indignidade sucessória, esta é consistente na prática do ilícito penal (o bem jurídico atingido foi a vida e/ou honra do *de cujus*, e, mais distantemente, surge a possibilidade de afetação das quotas hereditárias dos demais herdeiros).

Seguindo o mesmo raciocínio, a desconstituição do estado jurídico do herdeiro indigno, mediante a ação judicial, acaba por importar na reparação dos danos sofridos ou ameaçados ("restauração" de honra do *de cujus*, certeza quanto à quota patrimonial dos demais herdeiros e retorno à condição de integridade do acervo partilhável).

Por isso, ainda que inexistia violação de direito potestativo a gerar exigibilidade de prestação material, o efeito de surgimento de pretensão à tutela jurídica ainda assim pressupõe logicamente quebra de um dever, ainda que de abstenção, ou de natureza moral, ou comissivo.

A possibilidade de violação existe para qualquer direito, pois seu pressuposto de existência e de efetivação é a garantia de incolumidade (a todo direito corresponde um dever); e isso não se altera pela inexistência de pretensão material. Se de fato inexistisse violação para a categoria dos potestativos, aí sim se estaria diante de uma mera faculdade, algo que o próprio professor Agnelo Amorim critica, responde e bem explica:

As principais objeções feitas à existência dos direitos potestativos são as seguintes: alega-se que eles nada mais são do que faculdades jurídicas, ou, então, manifestações da capacidade jurídica, e que não se pode admitir a existência de um direito ao qual não corresponda um dever. Todavia, na exposição que faz da sua doutrina, CHIOVENDA dá resposta cabal e antecipada a todas aquelas objeções. Assim, acentua ele, em primeiro lugar, que o exercício de um direito potestativo cria um estado de sujeição para outras pessoas, coisa que não ocorre com o exercício das meras faculdades. Por sujeição, como já vimos, deve-se entender a situação daquele que, independentemente da sua vontade, ou mesmo contra sua vontade, sofre uma alteração na sua situação jurídica, por força do exercício de um daqueles poderes atribuídos a outra pessoa e que recebem a denominação de direitos potestativos⁵⁶.

Assentados esses primeiros caracteres, para que se possa chegar ao entendimento do porquê a decadência é o instituto aplicável à indignidade, é preciso iniciar a compreensão sobre a prescrição e *actio nata*, esta que aprofunda o estudo sobre os marcos iniciais para a fluência dos prazos.

3.2 Prescrição

⁵⁶ AMORIM FILHO, Agnelo. *Crítério científico...* obra citada, p. 5

Não há grandes complicações, como normalmente se imagina, em diferenciar os institutos: o mais importante critério utilizado para tanto acaba sendo a natureza do direito – como visto, em uma categoria tem-se direito e pretensão; em outra, como nos direitos potestativos, ambos estão justapostos. Pontes de Miranda alertou, sobre essa distinção, que, *“quando o Código Civil alemão, §194, definiu a pretensão como o ‘direito de exigir de outro fazer ou não fazer’, confundiu os dois, o direito e a pretensão, definindo o efeito pela causa”*⁵⁷.

Estas pontuações levantam uma necessária observação sobretudo quanto às ações necessárias, como a declaratória de indignidade, nas quais, inexistindo proposição de ação, inexistente também o exercício do direito. Igualmente, Câmara Leal, a partir desta última conclusão, também apontou que justamente este é o cerne dos problemas envolvendo a decadência, já que faz autorizar a existência de uma *“decadência da ação”* - termo aparentemente estranho, frente a tudo que já se analisou sobre o assunto⁵⁸.

Quanto a isso, a explicação merece destaque especial, porque deságua em importante conclusão sobre a indignidade:

Posto que o direito e a ação sejam essencialmente distintos, casos há em que como que se identificam. Isso se dá quando o direito atribuído ao titular consiste precisamente em torná-lo efetivo por meio da ação judicial. Se a ação não tem por fim proteger um direito a ela anterior oriundo de um fato objetivamente diverso daquele de que se origina a ação, mas tem por fim fazer valer um direito que nasce, juntamente com ela, do mesmo fato, o direito e a ação se confundem. Assim, na ação rescisória da venda de imóvel pela lesão, apontada por PLANIOL & RIPERT como caso de decadência, o direito de rescindir a venda e a ação para rescindi-la nascem, simultaneamente, do mesmo fato - a lesão. A ação, nessa hipótese, é o único meio de que dispõe o titular para o exercício de seu direito à rescisão, e, por isso, ela se identifica com o próprio direito. Eis porque, consistindo o exercício do direito no próprio exercício da ação, o prazo prefixado para esse exercício é um prazo a que fica subordinado o direito, donde o seu caráter de prazo de decadência, e não de prescrição⁵⁹.

Pode-se atestar, então, que a prescrição é o instituto aplicável aos direitos que possuem alguma prestação a ser exigida ainda no plano material (ação de direito material) - um exercício apreensível no mundo fático.

Assim, o fenômeno é simples: surgida uma relação jurídica entre duas pessoas, A tem o direito de exigir de B uma prestação, em razão de uma lesão sofrida; se não o faz, a prestação continua a existir, podendo ser aceitável, porém, sem exigibilidade pelo credor, pois decorrido

⁵⁷ MIRANDA, Pontes de. **Tratado de Direito Privado, Tomo V**. Campinas: Editora Bookseller, 2004, p. 504.

⁵⁸ LEAL, Antônio Luís da Câmara. **Da prescrição e da decadência. Teoria Geral do Direito**. 4ª edição, Rio de Janeiro: Editora Forense, 1982.

⁵⁹ Idem, p. 107 e 108.

o prazo para seu exercício. Nesse caso, a ação, *actio* no direito romano, limita seu significado ao objetivo de satisfação material, não à tutela jurídica.

Justamente por isso, quando se pensa em prescrição, é possível visualizar um momento palpável no mundo material, sobre o qual será colocado o marco temporal inicial para a fluência do prazo desta natureza. Exemplo disso é trazido por Clóvis Bevilacqua, que, mencionando a *Pandectas*, I, §106, explicou que “a prescrição nasce no momento em que o titular do direito pode exercer a sua acção e deixa de fazê-lo”⁶⁰.

Desta forma, a expressão *actio nata*, que significa “ação nascida”, e nomeia a teoria aplicada à prescrição representa o momento em que se autoriza a fluência do prazo. Segundo Savigny, “esta [teoria] se caracteriza por dois elementos: a) - existência de um direito atual, suscetível de ser reclamado em juízo; e b) - violação desse direito (op. cit., tomo IV, pág. 186)” – estabelecendo, portanto, a violação do direito como termo *a quo* para a corrida prescricional⁶¹.

Santiago Dantas, à ida década de 1940, assim refletiu em uma de suas aulas:

Que é a lesão do direito? A lesão do direito é aquele momento em que o direito subjetivo vem a ser negado pelo não cumprimento do dever jurídico que a ele corresponde. Sabe-se que da lesão do direito nascem dois efeitos: em primeiro lugar, um novo dever jurídico, que é a responsabilidade, o dever de ressarcir o dano e, em segundo, a ação o direito de invocar a tutela do Estado para corrigir a lesão do direito. A prescrição deve-se conceituar em íntima ligação com a lesão do direito. Não surge o problema da prescrição, enquanto não há uma lesão do direito. No momento em que surge tal lesão, e com ela, aquela sua primeira consequência, que é o dever de ressarcir o dano, aí é que se coloca, pela primeira vez, o problema da prescrição. Se o tempo decorrer longamente, sem que o dever secundário, a responsabilidade, seja cumprida, então, não será mais possível invocar a proteção do Estado, porque a lesão do direito estaria curada. A prescrição, nada mais é do que a convalescença da lesão do direito pelo não exercício da ação⁶².

⁶⁰ BEVILAQUA, Clóvis. **Theoria Geral do Direito Civil**. Atualizada por Achilles Bevilacqua, 5ª ed. Rio de Janeiro: Editora Paulo de Azevedo, 1951, p. 379.

⁶¹ Porém, Agnelo Amorim Filho ressalva que: “De qualquer forma, a pretensão é sempre um *prius* lógico imediato em relação à ação: a ação não nasce diretamente da violação do direito, mas da recusa do obrigado em satisfazer a pretensão. E se quase nunca se atenta para tal circunstância, e se quase sempre se confunde pretensão com ação, é porque, na maioria dos casos, se propõe a ação processual (contra o Estado), sem se exercitar antes a pretensão contra o sujeito passivo da relação substancial, pois a lei não exige que uma só seja proposta depois de desatendida a outra” (Obra citada, p. 14).

⁶² DANTAS, San Tiago. **Programa de Direito Civil. Parte Geral**. Aulas proferidas na Faculdade Nacional de Direito [1942-1945]. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1977, p. 399. Na leitura de suas obras, estas consistentes em notas taquigráficas tomadas pelo aluno Vitor Bourhis Jürgen, observa-se que San Tiago Dantas antecipou, de certa forma, a sistematização esboçada por Agnelo Amorim em 1960, pois já concluía, a respeito da definição de prescrição a partir da lesão do direito: “(...) O segundo corolário que vai tirar-se muito importante, e para esse exige-se especial atenção, é um corolário que vai permitir distinguir com critério científico a prescrição da decadência. Retire-se essa diferença do conceito de prescrição. Se conceituar-se a prescrição como lesão de direitos, já se está vendo que só há prescrição dos direitos subjetivos. Quer dizer: é preciso que o direito do titular corresponda um dever jurídico, para que, pela violação deste dever jurídico, surja a lesão e, por conseguinte, prescrição. Onde não se tiver um direito subjetivo, onde não se tiver uma mera faculdade, a qual não corresponda um dever de outrem, não se pode ter lesão de direito e não se pode ter prescrição. Aí só se pode ter uma coisa: decadência. Quer dizer: prazos fatais que a lei assina para que dentro deles se exercite a faculdade e quem não exercitar a faculdade dentro daquele tempo, não a poderá exercitar mais. É tal qual como se fosse um direito a

A respeito do conhecimento da lesão pelo titular do direito, considera-se que a exigência desta, para fins de autorização da fluência do prazo, é dispensável, conforme breve lição de Pontes de Miranda:

A prescrição inicia-se ao nascer a pretensão; portanto, desde que o titular do direito possa exigir o ato, ou a omissão (...). Para que nasça a pretensão não é necessário que o titular do direito conheça a existência do direito, ou a sua natureza, ou validade, ou eficácia, ou a existência da pretensão nascente, ou da sua extensão em qualidade, tempo e lugar da prestação, ou outra modalidade, ou quem seja o obrigado, ou que saiba o titular que a pode exercer. (...) O ter o credor conhecido, ou não, a existência do seu direito é sem relevância. Nem na tem o fato de o devedor ignorar a pretensão, ou estar de má-fé⁶³.

Na jurisprudência pátria, o debate sobre a relevância do conhecimento da lesão do direito foi recentemente reavivado por ocasião do Agravo em Recurso Especial nº 479.648/MS, em que se decidiu pela abertura da sucessão como o termo inicial do prazo prescricional para petição de herança, abandonando o então sedimentado posicionamento da Corte Superior pelo trânsito em julgado da ação investigatória de paternidade como início do prazo⁶⁴.

termo, um direito a termo resolutivo. Nesse caso, o termo é posto pela própria lei. E um prazo de decadência. Durante aquele prazo pode ser exercitada a faculdade depois dele não mais pode: é decadência” (página 400 da mesma obra).

⁶³ MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Tratado de Direito Privado, Tomo VI**, 4a ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1974, p. 114-118.

⁶⁴ STJ, Agravo em Recurso Especial nº 479.648/MS, de relatoria do Ministro Raul Araújo, julgado em 06/03/2020. Reserva-se especial nota ao novo entendimento da Corte Superior porque, embora se trate de tema distinto do aqui estudado, os argumentos trazidos pela ministra Maria Isabel Galotti em seu voto-vista são demasiadamente interessantes para serem ignorados. As referências utilizadas pela ministra para superar o entendimento anterior foram de duas ordens: a) o efeito *ex tunc* da sentença que reconhece a paternidade; e b) o objetivo da prescrição, que, ao seu sentir, não é de punição à inércia do titular do direito, mas a consagração da segurança jurídica e paz social. Assim se argumentou: “A partir da abertura da sucessão, o herdeiro preterido - reconhecido ou não em vida - terá ação para buscar sua porção na herança (actio nata). Caso não reconhecido, caberá a ele, desde a abertura da sucessão, o direito de postular, conjuntamente à investigação de paternidade, a consequente petição de herança. Isso porque a sentença que reconhece a paternidade possui efeitos *ex tunc* o que, como consequência lógica, significa dizer que a “pessoa sempre foi filho”. Como a declaração de paternidade apenas reconhece, com efeitos retroativos, a filiação que sempre existiu, desde a abertura da sucessão, com a imediata transmissão dos bens aos herdeiros, é que o seu direito foi violado. Noutros termos, ostentando desde sempre a condição de herdeiro, ainda que não o saiba, o termo inicial para o ajuizamento da petição de herança ocorre imediatamente com a transmissão dos bens aos herdeiros, consoante disposição já transcrita do artigo 1.572 do Código de 1916 (...). No caso específico da petição de herança, além das digressões acima realizadas, há de se considerar que, com a imediata transmissão dos bens aos herdeiros, esses passaram a arcar com os ônus de serem proprietários, como legitimidade ativa e passiva para proteção/conservação do bem, dever de arcar com os tributos incidentes. São situações consolidadas e que estariam sujeitas ao arbítrio do interessado em dar início ao prazo prescricional com a propositura da imprescritível ação de investigação. O instituto da prescrição não tem por finalidade, ao meu sentir, a punição pela inércia do suposto titular do direito, visto que sua função é, precipuamente, a pacificação das relações sociais e a proteção de situações jurídicas consolidadas pelo longo decurso do tempo, sob pena de violação à segurança jurídica” (trechos constantes das páginas 9 e 11 do voto-vista). Transportando a linha argumentativa para averiguar sua possível aplicação à indignidade sucessória, a resposta que se encontra é negativa. Diferentemente da petição de herança, a demanda de exclusão de herdeiro não requer a existência de prévia declaração judicial, pois ela é a própria e única ação de que dispõe o interessado no reconhecimento da indignidade.

Não há dúvidas, porém, de que a lei é que estabelece, expressa ou tacitamente, como já se viu, se o conhecimento da lesão pelo titular do direito é relevante para fins de fluência do prazo de prescrição ou de decadência.

3.3 Decadência

A decadência, por outro lado, tem diferente força motriz. Ela se projeta sobre direito potestativo, que estabelece sujeição, e não dever exigível, a ser satisfeito. Para que seja exercido, pelo menos no caso da exclusão de herdeiro, necessária será a provocação do Estado, ou seja, o caminho para esse exercício é direto, sem curvas.

Diz Agnelo Amorim Filho sobre a necessidade de se fixar prazo para os direitos potestativos, que a princípio, não se extinguiriam:

há certos direitos cujo exercício afeta, em maior ou menor grau, a esfera jurídica de terceiros, criando para esses um estado de sujeição, sem qualquer contribuição da sua vontade, ou mesmo contra sua vontade. São os direitos potestativos. É natural, pois, que a possibilidade de exercício desses direitos origine, em algumas hipóteses, para os terceiros que vão sofrer a sujeição, uma situação de intranquilidade cuja intensidade varia de caso para caso. Muitas vezes aqueles reflexos se projetam muito além da esfera jurídica dos terceiros que sofrem a sujeição e chegam a atingir interesses da coletividade, ou de parte dela, criando uma situação de intranquilidade de âmbito mais geral. Assim, a exemplo do que ocorreu com referência ao exercício das pretensões, surgiu a necessidade de se estabelecer também um prazo para o exercício de alguns (apenas alguns) dos mencionados direitos potestativos, isto é, aqueles direitos potestativos cuja falta de exercício concorre de forma mais acentuada para perturbar a paz social. (...). O que intranquiliza não é a possibilidade de ser exercitada a pretensão ou proposta a ação, mas a possibilidade de ser exercido o direito. Assim, tolher a eficácia da ação, e deixar o direito sobreviver (como ocorre na prescrição), de nada adiantaria, pois a situação de intranquilidade continuaria de pé. Infere-se, daí, que quando a lei fixa prazo para o exercício de um direito potestativo, o que ela tem em vista, em primeiro lugar, é a extinção desse direito, e não a extinção da ação. Essa também se extingue, mas por via indireta, como consequência da extinção do direito⁶⁵.

Assim, a razão de ser do estabelecimento de limite temporal aos direitos potestativos é, unicamente, sua alta potência frente à coletividade, tratando-se de uma escolha política. O direito já nasce com um prazo de validade inafastável colocado pela escolha da lei, que pode diferir em cada caso.

Também diferem os institutos na natureza do prazo estabelecido. Por se tratar de caducidade (sobre direito potestativo, ao qual não corresponde lesão) e por ser a indignidade ensejada por fato praticado, faz-se necessário o conhecimento do fato, de modo que, embora muito razoáveis os argumentos tecidos para a petição de herança, não se poderia utilizar o mesmo raciocínio para o debate sobre o prazo para exclusão de herdeiro.

⁶⁵ AMORIM FILHO, Agnelo. *Crítério científico*...obra citada, p. 19.

Por assim ser, Pontes de Miranda, discorrendo sobre a decadência, preferia a utilização do vocábulo *caducar* (cair instantaneamente) ao invés de *decair* – já que este sugere uma gradação. Isso porque esta sugestão de cair lentamente não ocorre, pois não importa o modo como transcorreu o tempo, com ação ou inação do titular, para que se opere a preclusão.

Clóvis Bevilacqua, ao introduzir o tema em 1928, também ressaltou esse especial aspecto, ao mencionar que o princípio fundamental da decadência foi formulado por Huc, segundo o qual esta é “*a perda de uma faculdade, de um direito, ou de uma ação, resultante unicamente da expiração de um termo extintivo, concedido pela lei para o exercício dessa acção, desse direito ou dessa faculdade*”⁶⁶.

Mais recentemente, Rodrigo Xavier Leonardo, um dos pouquíssimos autores atuais que se dedica ao estudo aprofundado e autônomo da decadência, elucida, partindo das lentes da teoria do fato jurídico, que “*o suporte fático da decadência é formado, apenas e tão somente, pela titularidade de determinadas espécies de direitos subjetivos adicionadas à fluência do tempo em determinado prazo*”⁶⁷.

Essa compreensão é de suma importância, posto que a maioria dos estudos que diferem os institutos temporais acaba os assemelhando no que diz respeito ao não-exercício do direito dentro do prazo estabelecido, o que não é correto.

Em razão da ausência de inércia como elemento relevante para operação da preclusão é que se pode compreender que não há causas materiais a ensejar a interrupção/suspensão do prazo de natureza decadencial. Em outras palavras, isso se dá “*por uma razão, antes de mais nada, lógica: a fluência do tempo, em si, não poderia ser suspensa ou interrompida*”⁶⁸.

A lei prevê, contudo, algumas possibilidades de suspensão do prazo decadencial, que foram mencionadas nas primeiras notas deste estudo (incapacidade). Rememora-se, porém, o caráter excepcional da medida, conforme determina o art. 207 do Código Civil⁶⁹.

O Código Tributário Nacional, por ocasião do art. 173, II, dispõe que o direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se em 5 anos, contados “*da data em que se tornar definitiva a decisão que houver anulado, por vício formal, o lançamento anteriormente efetuado*”. Nesse caso, o lançamento já teria sido efetuado, mas em razão de anulação por vício formal, abre-se, novamente, mais um período de cinco anos para o lançamento substitutivo.

⁶⁶ BEVILAQUA, Clóvis. *Theoria Geral*...obra citada, p. 368.

⁶⁷ LEONARDO, Rodrigo Xavier. *A decadência como fato jurídico*...obra citada, p. 197-207.

⁶⁸ Idem, p. 202

⁶⁹ Art. 207. Salvo disposição legal em contrário, não se aplicam à decadência as normas que impedem, suspendem ou interrompem a prescrição.

Não é equivocado concluir, a partir de tudo isso, que os prazos decadenciais merecem maior atenção em sua disciplina e manejo pela lei. Seu simples exercício, na forma prevista pelo texto legal, é suficiente para fulminar, de uma vez por todas (em regra), o próprio direito. Isto é, se não contabilizadas todas as variáveis possíveis no momento de estabelecimento do marco inicial e final da decadência, há riscos irreparáveis a seu titular – que pode exercê-lo fatalmente sem os amparos corretos para tanto.

3.4 Início do prazo decadencial para demanda de exclusão de herdeiro

De todo o exposto até este momento neste capítulo, pode-se escolher duas vias possíveis para o debate sobre o início do prazo aqui analisado: a lesão de direito (teoria *actio nata*) e o conhecimento do eventual fato jurídico a ensejar a aplicação da norma (elemento cognoscitivo).

A aplicação da teoria *actio nata* ao direito de demandar a exclusão de herdeiro não aparenta ser uma possibilidade, pois realmente não há como exigir do futuro indigno, no mundo material/fenomenológico, que este não aceite a herança ou que rejeite a ordem legal de vocação hereditária da qual ele participa. Não há prestação a ser exigida, ou pretensão nascida, de modo que inexistiria violação de direito (lesão) a desencadear prazo decadencial.

Todavia, essa ausência obviamente não exclui a ocorrência de algo, no plano material, que instigue a persecução de uma tutela jurisdicional (ação processual). Inclusive, esta é razão pela qual já foi admitida na jurisprudência a *reunião de elementos seguros* como o momento inicial do prazo de natureza decadencial.

Apenas para exemplificar o pensamento que se instiga, veja-se decisão do Superior Tribunal de Justiça que discorreu sobre a necessidade de agrupamento de evidências concretas para propositura de demanda de natureza semelhante à declaratória de indignidade⁷⁰:

PROCESSO CIVIL - RECURSOS ESPECIAIS - DESCONSTITUIÇÃO DE REGISTRO DE NASCIMENTO E EXONERAÇÃO DE PENSÃO ALIMENTÍCIA: I) RECURSO CONTRA MATÉRIA TRATADA EM SEDE DE EMBARGOS INFRINGENTES - CITAÇÃO DE MENOR - PRECLUSÃO - NÃO CONHECIMENTO - II) RECURSO EM FACE DA PARTE UNÂNIME DECIDIDA NA APELAÇÃO - ART. 295, PARÁGRAFO ÚNICO, III, DO CPC - FALTA DE PREQUESTIONAMENTO - SÚMULA 356/STF - ALEGAÇÃO DE PROVA ILÍCITA - ANÁLISE DE MATERIAL FÁTICO-PROBATÓRIO - IMPOSSIBILIDADE - SÚMULA 07/STJ - AÇÃO NEGATÓRIA DE PATERNIDADE - DECADÊNCIA (ART. 178, § 3º, DO CC/16) -

⁷⁰ A ação negatória de paternidade, tal como a de investigação de paternidade, é de natureza constitutiva e embasa direito potestativo, personalíssimo e imprescritível.

INOCORRÊNCIA - CONTAGEM DO PRAZO A PARTIR DO MOMENTO EM QUE O SUPOSTO PAI DISPÕE DE ELEMENTOS SEGUROS PARA CONTESTAR A PATERNIDADE DA FILHA DE SUA EX-ESPOSA, NASCIDA NA VIGÊNCIA DO CASAMENTO. (...). 3. Ajuizado pelo recorrido Ação Negatória de Paternidade, objetivando contestar a legitimidade da filha de sua ex-mulher, nascida durante a vigência do casamento, almejava esta a anulação do registro de nascimento da criança e a exoneração da prestação de alimentos. Registro que, a interpretação dada por esta Corte Superior de Uniformização Infraconstitucional ao art. 178, 3º, do Código Civil de 1916, adaptando a letra da lei aos tempos atuais, é que o termo inicial para a contagem do exíguo prazo de dois meses a parti do momento em que o suposto pai biológico dispõe de elementos seguros para contestar a paternidade do filho de sua ex-esposa, nascido no curso da união conjugal, e não a partir da data do nascimento da criança. Assim, in casu, o termo inicial para a contagem do referido prazo é o dia do resultado do exame de DNA, a saber, 25.95.92, e, tendo a ação em comento sido ajuizada em 03.07.92, não há que se falar na ocorrência de decadência (cf. REsp nºs 194.866/RS e 157.879/MG). 4. Outrossim, apenas para registro, ressalte-se que a jurisprudência deste Tribunal Superior de Justiça tem admitido ultrapassar o prazo decadencial previsto no art. 178, 3º, do Código Civil de 1916, diante das peculiaridades de cada caso concreto (...). (STJ, REsp nº 224.912/PR, Quarta Turma, Rel. Min. Jorge Scartezzini, j. 10/08/2004)

O *decidum* foi em significativa parte inspirado no voto do Ministro Eduardo Ribeiro, proferido nos autos do REsp nº 194.866/RS, de 14.06.99, no qual o julgador, avaliando as mudanças ocorridas na sociedade (concernentes às relações sexuais e de família) entendeu pela admissão de outro termo de início do prazo decadencial da ação investigatória ou denegatória de paternidade que não o nascimento do suposto filho.

Semelhantemente, as relações familiares aqui analisadas, que são guardadas de forma especial e mais acentuada pelos princípios da boa-fé subjetiva (presunção de afetividade, ética e coerência) e objetiva, (contexto das relações patrimoniais inseridas no contexto de família)⁷¹, autorizam essa mesma modulação do início do prazo – posto que o descobrimento e conhecimento dos fatos a ensejar a indignidade podem ocorrer muito após a ocorrência do fato jurídico, *stricto sensu*, da morte.

No caso da indignidade, por se tratar de direito potestativo exercido apenas mediante ação judicial, a *ação*, enquanto pretensão à tutela, deve nascer quando subsiste o conhecimento

⁷¹ Segundo Anderson Schreiber: “A primeira diz respeito aos inúmeros conflitos de direito de família em que, mesmo diante de referência nominal à “boa-fé objetiva” ou de alusão simplesmente à “boa-fé”, o conceito vem aplicado em sua acepção subjetiva ou psicológica. Assim, por exemplo, referem-se à boa-fé subjetiva as decisões que tratam da presunção de boa-fé da mãe com relação à motivação da viagem com o filho ao exterior, ou ainda da boa-fé do cônjuge em casamento putativo. Não há dúvida que, em casos assim, a boa-fé tem aplicação, mas se está, claramente, diante de boa-fé subjetiva, também chamada boa-fé psicológica, consistente na ausência de malícia e no desconhecimento pelo sujeito dos vícios incidentes sobre o ato que se pratica. A segunda situação frequentemente inserida sob o signo da “boa-fé objetiva em relações de família” é aquela em que, embora aplicando-se efetivamente a boa-fé em seu sentido objetivo, não se está diante de uma relação de família propriamente dita, mas tão-somente de uma relação negocial situada em um contexto de direito de família”. (SCHREIBER, Anderson. **O princípio da boa-fé objetiva no direito de família. Princípios do direito civil contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006)

do fato e de quem seria o requerido, pois a mera suposição de uma existência subjetiva ainda indeterminada jamais autorizaria, por lógica, a procedência de uma demanda desta natureza.

Somando este entendimento com o já esboçado quando da explicação sobre a teoria do fato jurídico, essa possibilidade se revela.

Inexiste ação e atividade jurisdicional perfectibilizadas senão com a certeza de que ocorreu um fato a ensejar exclusão da vocação hereditária e de quem figurará no polo passivo da demanda competente - ou melhor dizendo, com a certeza ao menos de um liame material e subjetivo concreto entre o polo passivo e o fundamento do pedido.

Assim, diferentemente do que se tem no atual ordenamento, o termo *a quo* para o ajuizamento da respectiva ação não deveria ser a abertura da sucessão, pois o direito à exclusão do herdeiro não advém imediata ou puramente da morte do *de cujus* (esta enquanto fato jurídico), mas sim quando efetivamente surge a possibilidade de demandar a exclusão do herdeiro - quando ocorrida e conhecida uma das hipóteses de configuração de indignidade e conhecida a autoria.

Significa dizer que, apesar de ambos os direitos nascerem do mesmo fato jurídico (morte conhecida, que resulta na imediata e concomitante abertura da sucessão), o direito à exclusão do herdeiro advém em momento posterior, quando já subsistem elementos concretos que desencadeiam a possibilidade de exclusão.

Essa ideia é confirmada por José Fernando Simão, que, especificamente quanto ao tratamento da indignidade sucessória no Código Civil, reflete que os momentos de conhecimento sobre a causa da morte do *de cujus* (prática de ato de indignidade) podem ser distintos, mencionando que tanto a justiça quanto a segurança jurídica podem ser sensivelmente abaladas se não observadas tais saliências:

(...) cabe uma reflexão com relação aos prazos decadenciais referentes à indignidade em que, por lei, o direito de demandar a exclusão do herdeiro ou legatário extingue-se em quatro anos, contados a partir da abertura da sucessão (art. 1.814 do CC); e o prazo do direito de provar a causa da deserdação, que, por lei, extingue-se no prazo de quatro anos, a contar da data da abertura do testamento (art. 1.965 do CC). Quais são os efeitos da indignidade e da deserdação? Os efeitos são a privação do herdeiro do patrimônio que receberia. A pessoa perde a qualidade de herdeiro. Sem dúvida, os efeitos desta perda são de natureza patrimonial, e o direito em debate é disponível. No caso da indignidade, o prazo não pode se iniciar em todos os casos com a abertura da sucessão, ou seja, com o falecimento. Exemplifica-se. Se determinada pessoa mata seus pais e, de imediato, sabe-se que ela é a assassina, o prazo decadencial para o exercício do direito de exclusão se inicia efetivamente com a morte. Nada mais adequado, porque os interessados com a indignidade podem, desde logo, promover a ação com tal finalidade. Em contrapartida, imagina-se um sujeito que, de maneira ardilosa, pratica o homicídio contra seus pais de tal forma que a autoria fica oculta. O homicida lucra com seu feito e recebe seu quinhão na herança. Certamente, essa solução não é justa, nem representa segurança jurídica em sentido material. Passados

quatro anos do homicídio, a polícia efetivamente descobre o criminoso. O prazo decadencial se inicia com a ciência do fato que permite a propositura da ação visando ao reconhecimento da indignidade, sob pena de punir pela inércia aquele que sequer sabia que tinha um direito a exercer. Como já se disse com relação à prescrição, será do titular do direito potestativo o ônus de provar o momento exato da ciência para que se permita o cômputo do prazo decadencial. Será fato constitutivo de seu direito. Se não provar quando teve a ciência, quer por prova documental, testemunhal ou qualquer outro meio de prova em direito admitido, o juiz aplicará o texto frio da lei, ou seja, a decadência se iniciou exatamente no momento previsto pela lei. Assim, com a prisão do homicida, inicia-se o prazo decadencial para o exercício do direito de excluí-lo da sucessão. Também, conforme já se salientou com relação à prescrição, a noção de conhecimento, de ciência, se dará necessariamente de acordo com o *standard* do homem médio, ou seja, de acordo com a conduta que se espera da pessoa comum⁷².

Com isso, torna-se notório que os casos de autoria encoberta (agravada pela presunção legítima de boa-fé familiar), reclamam a alteração que ora se sugere. Ademais, o ônus da prova do momento de ciência, tal como o *standard* do homem médio constituem, assim, o equilíbrio necessário para garantir a segurança jurídica mesmo com a modificação do termo inicial da decadência para a demanda de indignidade sucessória.

Corroborar esta permissão legislativa o que ressalva o professor Paulo Lobo sobre o critério político da escolha do legislador a respeito do termo inicial dos prazos decadenciais:

Por motivos de política legislativa ou da natureza das coisas, os termos iniciais dos prazos decadenciais variam. A decadência para anulação dos negócios jurídicos leva em conta, geralmente, a data da realização do negócio, salvo a coação, cujo prazo decadencial começa a contar a partir da cessação da ameaça. Pontes de Miranda demonstra a aparente incongruência com relação ao erro: a arguição de erro só se pode fazer, logicamente, quando se descobre o erro, pois quem ainda não o descobriu continua em erro; todavia, a lei, ao fixar o início do prazo decadencial no dia em que foi realizado o negócio jurídico, “atendeu ao que mais importa (ao ver do legislador) do que esse argumento lógico”; quem não descobriu o erro durante os quatro anos, sofra-lhe as consequências (Pontes de Miranda). O mesmo ocorre com a fraude contra credores, pois estes podem não ter conhecimento dos atos de disposição dos bens do devedor durante muito tempo, mas a decadência corre contra eles desde a realização desses atos⁷³.

Entendendo as bases doutrinárias do instituto da decadência, sua peculiar autonomia em relação à prescrição e, acima de tudo, de sua potência fatal e implacável, não resta outra conclusão senão de que existe a possibilidade e autorização para que o termo inicial do prazo decadencial estabelecido por lei seja modulado.

⁷² SIMÃO, José Fernando. *Prescrição e Decadência*...obra citada, não paginada.

⁷³ LÔBO, Paulo. **Efeitos da Inércia e do Decurso do Tempo: Prescrição e Decadência**, 2018. Disponível em <http://genjuridico.com.br/2018/04/05/efeitos-da-inercia-e-do-decurso-do-tempo-prescricao-e-decadencia/#_ftnref11> Acesso em nov/2020.

3.5 Segurança jurídica

Não se poderia concluir o capítulo destinado à prescrição e à decadência sem tomar nota sobre a pretensão de segurança jurídica que os fundamenta.

Tal segurança, travestida de certeza jurídica e previsibilidade, é especialmente imprescindível ao direito das sucessões, pois o próprio âmbito sucessório tem por escopo resolver as indefinições patrimoniais que decorrem do evento morte. O fato jurídico do *passamento* já é, *per se*, sensível o suficiente, em razão da dor que desperta nos familiares, para reclamar maior atenção e rigidez em sua disciplina e prestação jurisdicional. Ganha ainda maior relevo a necessidade de efetividade e segurança se fatos moralmente reprováveis, como os do rol do art. 1.814, participam deste momento.

A *saisine*, por exemplo, materializa a segurança jurídica na medida em que não permite o vácuo na titularidade do acervo hereditário, que passa imediatamente aos herdeiros. Contudo, após a transmissão ficta, ainda será necessário o desenrolar do processo judicial de inventário – com todas as complicações que ali comumente se observam –, e perfectibilizar a partilha.

Sobre o tema abordado, é impossível não retomar as lições de Miguel Reale, que com olhos sensíveis repensou a realidade jurídica a partir das díades *certeza-segurança* e *justiça-ordem*, esta servindo àquela. O eminente professor menciona que a realidade jurídica e os valores que a compõem são integrados, sempre, por dois elementos, o subjetivo e o objetivo.

No conceito de segurança, há a *certeza* (como objetividade de cada ser humano) e um *sentimento* do sujeito frente ao complexo de regras estabelecidas que exprime essa mesma segurança. O autor menciona Teófilo Cavalcanti Filho, que então entendeu a necessidade de correlacionar ambos os aspectos, diante de sua implicação recíproca. Assim se coloca:

Prefiro dizer que certeza e segurança formam uma “díade” inseparável, visto como, se é verdade que quanto mais o direito se torna certo, mais gera condições de segurança, também é necessário não esquecer que a certeza estática e definitiva acabaria por destruir a formulação de novas soluções mais adequadas à vida, e essa impossibilidade de inovar acabaria gerando a revolta e a insegurança. Chego mesmo a dizer que a uma segurança absolutamente certa seria uma razão de insegurança, visto ser conatural ao homem – único ente dotado de liberdade e poder de síntese – o impulso para a mudança e perfectibilidade, o que Camus, sob outro ângulo, denomina “espírito de revolta”⁷⁴.

A respeito do outro binômio, *justiça-ordem*, o professor explica que “*se a justiça é pensável objetivamente como sendo uma ordem justa, esta não seria possível se destituída,*

⁷⁴ REALE, Miguel. *Teoria Tridimensional...* obra citada, p. 86.

subjetivamente, da virtude <sentimento> de justiça”⁷⁵. Por esse raciocínio, conclui que, quando esta percepção acerca da virtude e da necessidade de observar os sentimentos de justiça inexistirem, “a justiça objetivada converte-se em ‘ordem nua’, em puro regulamento funcional, prevalecendo a melancólica instrumentalização do ser humano”⁷⁶.

Em raciocínio símile, Humberto Theodoro Ávila assim coloca:

Na Itália, em que o princípio da legalidade sofreu pesados comprometimentos durante o regime fascista, quando o autoritarismo e arbitrariedade fizeram escola, a doutrina contemporânea valoriza o princípio da segurança jurídica, fazendo-o corresponder à idéia de “certeza de Direito”. Na concepção jurisprudencial muito se tem discutido a propósito do tema e, mesmo no silêncio da Constituição, a Corte Constitucional italiana já proclamou que a “segurança jurídica é de fundamental importância para o funcionamento do Estado Democrático”, e que deve ser definida como “um princípio supremo”, ao afirmar que “a confiança do cidadão na segurança jurídica constitui um elemento fundamental e indispensável do Estado de Direito”. (...). CANOTILHO procura delimitar o terreno próprio da segurança jurídica, da seguinte maneira: “Em geral, considera-se que a segurança jurídica liga-se a elementos objetivos da ordem jurídica - garantia de estabilidade jurídica, segurança de orientação e de realização do direito - enquanto a proteção da confiança se reporta mais aos aspectos subjetivos da segurança, nomeadamente a calculabilidade e a previsibilidade dos indivíduos relativamente aos efeitos jurídicos dos atos dos poderes públicos” (apud ALMEIDA, Luís Nunes de, op. cit., p. 254, nota no 29).

Apesar da abstração das reflexões expostas, é possível ousar resumi-las, para o caso da indignidade sucessória, ao entendimento de que no propósito de segurança jurídica deve ser sempre considerado o aspecto objetivo da certeza e da ordem, juntamente ao subjetivo, de sentimento e virtude de justiça.

E, nesse caso, não seria admissível excluir da racionalidade do prazo decadencial, cuja existência pura serve inicialmente à ordem, sua variável subjetiva – esta, acredita-se, é composta pelo sentimento de garantia de satisfação de justiça (mediante exclusão do herdeiro que violou valores morais de ética, gratidão, respeito). Se contabilizada apenas uma das facetas, ou o prazo decadencial desconsiderará o propósito ao qual serve, ou não terá propósito algum.

Em outras palavras, significa dizer que a segurança jurídica, diferente do que usualmente se argumenta, não consiste em apenas estabelecer a certeza de que as relações jurídicas e suas titularidades não se prologarão indefinidamente no tempo, mas que a prestação jurisdicional será efetiva em atender, também, a virtude social. Visualizando a questão: ainda que o prazo decadencial de 4 anos contados a partir da abertura da sucessão seja favorável a impedir que as indefinições patrimoniais se perpetuem, garantindo sua estabilidade, não o é

⁷⁵ Idem, p. 87.

⁷⁶ Idem, p. 88.

quando, desconsiderando o conhecimento do fato pelos possíveis interessados na demanda de exclusão, permite que a subjetividade da virtude da justiça não se opere.

Destarte, entende-se que a observância da segurança jurídica, no que concerne aos prazos, está na possibilidade de sua modulação. A crítica que ora se apresenta, por conseguinte, não retira a segurança e certeza necessárias ao caso, apenas as fortalece em sua função precípua, tornando-a inclusive mais respeitável e apreensível pela realidade social e jurídica (ordem-justiça). Nesse sentido, retoma-se por fim o mencionado por Reale sobre o fato de que a própria impossibilidade de repensar novas fórmulas e de incluir novas variáveis na soma jurídica acabariam gerando a própria insegurança que tanto se pretende evitar.

Ousa-se sugerir, neste sentido, uma imagem clara para visualizar a segurança jurídica: em uma balança antiga, para se alcançar o ponto médio de equilíbrio, é preciso ajustar o peso dos pratos à esquerda e à direita. No que diz respeito aos prazos materiais, pode-se imaginar que ao lado esquerdo estão as variáveis a ser computadas para estabelecer o termo inicial do prazo a correr; ao lado direito, estão as variáveis que determinarão a extensão e, consequentemente, o termo final desse prazo.

Se for dada mais atenção (peso) a apenas um dos lados, jamais se chegará a um equilíbrio, ou a um desequilíbrio com margem de erro aceitável. Nesse sentido, o termo inicial não pode ser pensado de forma desacompanhada de uma extensão (que culmina em um termo final) proporcional.

Significa dizer, por exemplo, que se o termo inicial do prazo decadencial para a demanda de exclusão do herdeiro for modificado, será necessário, para atender a um equilíbrio jurídico (segurança de estabilidade), modular a extensão desse prazo. É como se, modificando o termo inicial, estarão atendidos os valores e sentimentos de justiça e, encurtando o prazo, serão satisfeitos a certeza e a ordem.

PARTE II – PERCEPÇÃO PRÁTICA DA INDIGNIDADE SUCESSÓRIA

CAPÍTULO IV - INDEPENDÊNCIA DOS JUÍZOS CÍVEL E CRIMINAL E ANÁLISE LEGISLATIVA E JURISPRUDENCIAL

Explicadas as construções jurídicas teóricas sobre os prazos materiais, ficará mais fácil visualizar os problemas ocorrentes no plano fático, afinal, quando se tem apenas de uma visão jurídica abstrata, é difícil contestá-la.

Como já mencionado, os debates sobre as nuances da indignidade acabaram, até o presente momento, por não ensejar a formação de jurisprudência ou certeza jurídica para as dúvidas. A título exemplificativo, todas as questões já apresentadas, em menor ou maior grau, tendem a variar indiscriminadamente, ou seja, sem critério firme, e de acordo com o caso concreto: há casos em que a indignidade é reconhecida por prática não constante do art. 1.814 e há outros em que a decadência é afastada, devido à gravidade do ato de ingratidão.

A prática dos tribunais e o deságue das lacunas jurídicas em inúmeros projetos de lei, evidenciam, sem quaisquer dúvidas, a percepção da sociedade a respeito dos embaraços ocasionados no mundo fenomenológico e o seu interesse na delimitação de fronteiras jurídicas.

Para essa visualização, a presente análise se desdobrará, sucessivamente, em: a) independência entre as esferas cível e criminal; b) mudanças ocorridas na passagem do Código Civil de 1916 para o de 2002; c) tratamento jurisprudencial nos tribunais estaduais de São Paulo e do Paraná; e d) projetos de lei apresentados.

4.1 A independência entre as esferas cível e criminal

O paradigma da *summa divisio* entre direito público e privado e, por conseguinte, da independência entre os juízos cível e criminal foi substancialmente abalado. A dicotomia que no direito romano clássico era tranquilamente admitida tendo por critério os interesses dos particulares e os do Estado sofre hoje, devido ao movimento de constitucionalização do direito civil, uma fragilização significativa. Isso não quer dizer, entretanto, que sua razão de ser não mais se justifica, e sim que a não comunicação entre as esferas deixou de ser absoluta.

Exemplo disso são as ações civis *ex delicto*, que bem representam o fenômeno de que, a um mesmo fato jurídico (no caso, ilícito penal), múltiplas regras podem ser convidadas a incidir, autorizando que, por exemplo, um fato criminoso repercuta no juízo cível por meio de um título executivo decorrente da condenação criminal, a fim de indenizar a vítima.

Nessa medida, verifica-se a diferença das pretensões das instâncias: a punição pela prática do crime compete ao Estado por meio de sua pretensão punitiva, ao passo que a reparação dos danos dali decorrentes seria de competência do Juízo Cível. Inegável que ambas compartilham a função social de retribuição, em uma medida ou outra.

Mas não é só isso que as tem aproximado: a implicação vinculativa unilateral que o juízo criminal pode exercer sobre o cível a depender do que se conclui a respeito da prática delituosa apurada também sinaliza a adoção brasileira a uma independência mitigada entre os âmbitos judiciais.

Todavia, sabe-se que a indignidade sucessória não corresponde propriamente a uma ação civil *ex delicto*, pois essa requer a existência de prévia condenação criminal, que respaldará o pleito indenizatório no juízo cível. A exclusão do herdeiro, por sua vez, consiste em uma ação puramente cível que analisará a ocorrência de fato criminoso, da qual surtirão efeitos próprios da esfera particular, relativos ao direito sucessório – assim, o instituto está em uma região cinzenta, sem grandes certezas sobre a plena aplicação dos dispositivos concernentes à comunicação entre as instâncias.

Sobre estes, inclusive, rememora-se os que efetivamente podem ser aplicados quando da análise do pedido de declaração de indignidade.

O art. 65 do Código Penal prevê que faz coisa julgada no juízo cível a sentença penal que reconhece a existência excludente de ilicitude (estado de necessidade, legítima, estrito cumprimento de dever legal ou exercício regular de direito).

Os artigos seguintes do diploma penal tratam de permissões específicas para a propositura de ação civil: mesmo a existência de sentença absolutória pode autorizar a reparação de danos na esfera civil, desde que não reconhecida categoricamente a inexistência material do fato (art. 66). O arquivamento de inquérito, a extinção da punibilidade e a sentença absolutória que decide pela atipicidade da conduta também não obstam a tutela civil (art. 67).

O Código Civil e de Processo Civil assim anunciam, respectivamente:

Art. 935, CC. A responsabilidade civil é independente da criminal, não se podendo questionar mais sobre a existência do fato, ou sobre quem seja o seu autor, quando estas questões se acharem decididas no juízo criminal.

Art. 315, CPC. Se o conhecimento do mérito depender de verificação da existência de fato delituoso, o juiz pode determinar a suspensão do processo até que se pronuncie a justiça criminal.

§1º Se a ação penal não for proposta no prazo de 3 (três) meses, contado da intimação do ato de suspensão, cessará o efeito desse, incumbindo ao juiz cível examinar incidentemente a questão prévia.

§2º Proposta a ação penal, o processo ficará suspenso pelo prazo máximo de 1 (um) ano, ao final do qual aplicar-se-á o disposto na parte final do § 1o.

Conclui-se que apenas a previsão contida no artigo 65 do Código Penal realmente impede a eficácia do pedido de exclusão do herdeiro no Juízo Cível, de modo que a prolação de sentença absolutória imprópria (art. 66), a extinção de punibilidade e atipicidade do crime (arts. 66 e 67) não obstam a propositura ou o julgamento de procedência da ação civil.

O Código Civil, por sua vez, no art. 935, acolheu tais disposições com maior abertura, mencionando a constatação, ou não, de materialidade e autoria como critérios relevantes a serem observados na esfera cível. Carlos Eduardo Minozzo Poletto elucida mais detidamente aspectos outros, como as causas de extinção de punibilidade e a possibilidade de suspensão da ação civil:

A esse respeito, vale dizer que o advento de qualquer das causas de extinção de punibilidade, previstas no artigo 107 do Código Penal (prescrição, decadência, perempção, anistia, graça, indulto, perdão judicial, retroatividade de lei que não mais considera o fato como criminoso), não impede a efetivação da punição civil. Por óbvio, como sabemos, vigora entre nós a independência relativa entre as instâncias cíveis e criminais, de modo que, caso sobrevenha sentença que reconheça a inexistência do fato criminoso (art. 386, inciso I, do CPP), ou tenha restado comprovado que o réu não concorreu para a infração penal (art. 386, inciso IV, do CPP, com redação dada pela Lei n. 11.690/2008), será vedado rediscutir a matéria no âmbito civil. E, ainda que haja uma sentença penal condenatória, a indignidade não se opera de pleno direito, visto ser absolutamente indispensável a propositura da ação civil para que se possa ultimar a exclusão do sucessor, tendo a decisão criminal o inegável condão de dispensar qualquer instrução probatória (art. 1.815). Mais uma vez o direito nacional se distancia da legislação franco-canadense. Deve-se atentar que o prazo estatuído pelo CC/2002 para que os demais sucessores possam acionar judicialmente o eventual indigno (4 anos – art. 1.815, parágrafo único) possui natureza decadencial (e não prescricional) e, sendo assim, a mera existência de ação penal não impede nem interrompe ou suspende a sua contagem, visto ser inaplicável o artigo 200 do CC/2002. Vale ressaltar também que a mera tramitação de processo-crime para a apuração do homicídio, por si só, não suspende a demanda de indignidade, porém, fica facultada ao juízo cível, de ofício ou mediante requisição da parte, que assim o proceda, aguardando o veredicto da instância criminal, evitando, assim, decisões conflitantes⁷⁷.

Outrossim, chama atenção o art. 315 do Código de Processo Civil, que admite a possibilidade de suspensão do curso processual quando a demanda depender da apuração de fato delituoso. No caso da indignidade sucessória, sabe-se que a ação penal pode ou não ter sido ajuizada anterior ou concomitantemente à ação civil. O Juízo Cível, então, tem a discricionariedade de suspender o curso processual para aguardar a decisão criminal – e se não houver processo criminal concomitante, o magistrado da esfera civil “subroga-se” na prerrogativa de instruir a produção probatória do fato criminoso apurado.

⁷⁷ POLETTTO. Carlos Eduardo Minozzo. **Indignidade Sucessória e Deserdação**. Editora Saraiva: São Paulo, 2013. Edição do Kindle, não paginado.

Sobre isso, Paulo Lobo, mencionando Pontes de Miranda:

A sanção civil não depende da sanção criminal. Todavia, se houver decisão judicial criminal absolutória, esta prevalecerá no âmbito cível, pois este é o critério adotado pelo direito brasileiro, para superação do eventual conflito das decisões judiciais. Contudo, se a decisão judicial absolutória não for de mérito, isto é, quando se ativer a fundamentos de natureza formal sem ter sido reconhecida a inexistência material do fato, não prevalecerá sobre o juízo cível, que poderá concluir livremente pela exclusão do herdeiro, que é fundada essencialmente na reprovação moral da conduta. A decisão no juízo criminal, que conclui pela extinção da punibilidade não impede o ajuizamento da ação de exclusão do herdeiro e a decisão cível nesse sentido, pois o Código Civil alude a crime e não a que tenha havido crime e punição. Para Pontes de Miranda, se já ajuizada a ação penal, o juiz cível pode suspender o curso da ação de exclusão do herdeiro ou do legatário, até que aquela seja julgada e haja trânsito em julgado, mas se a sentença criminal concluir que o fato imputado não constitui crime tem de ser atendida pelo juízo cível, se houver trânsito em julgado (1972, v. 55, p. 125)⁷⁸.

Em arremate, Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho fazem interessante observação à possibilidade de ação rescisória e a insegurança jurídica existente no tocante ao tema da indignidade sucessória:

Como sabemos existe uma relativa independência entre os juízos cível e criminal, de maneira que, caso o magistrado, encarregado de examinar a exclusão sucessória, tenha fundada dúvida acerca da autoria (e participação) ou da materialidade do fato, deverá, em nosso sentir, reconhecer a prejudicialidade, para aguardar o desfecho da lide na esfera penal. Mas, não havendo robusta dúvida sobre esse aspecto, ou não tendo sido tempestivamente proposta ação penal correspondente, poderá e deverá o juiz apreciar imediatamente o pedido formulado no juízo cível. Se, todavia, posteriormente, a sentença penal absolutória - que haja negado a autoria ou a materialidade do fato - passar em julgado, o sucessor excluído, infelizmente, não terá em seu favor um amparo legal específico entre os fundamentos contidos no dispositivo que regula a ação rescisória (art. 966 do CPC/2015), o que, por óbvio, acarreta indesejável insegurança jurídica. Trata-se de uma decorrência da postura que propugna pela mais ampla segurança jurídica na preservação da coisa julgada, protegida constitucionalmente (art. 5º, XXXVI, CF/88), o que, porém, gera um sentimento de injustiça e insatisfação, na evidente contradição entre as mencionadas manifestações - autônomas e independentes - dos juízos cível e criminal. A matéria é evidentemente de reserva legal, quiçá constitucional, para se admitir uma relativização da coisa julgada. Todavia, sem querer “distorcer a dogmática” por conta de um sentimento pessoal de injustiça, talvez seja possível defender uma solução intermediária (pelo menos no prazo da ação rescisória), com uma releitura do art. 966 do Código de Processo Civil de 2015 (que elenca as hipóteses de ação rescisória), tese, porém, que, embora acolhida eventualmente pela jurisprudência (...), encontra ainda resistência, prevalecendo, quase como um dogma, a tese de que, para valer como causa hábil para desconstituir a coisa julgada, um documento novo em rescisória deve ser preexistente⁷⁹.

De todo o exposto, e antecipando o tema do Capítulo VI sobre o direito fundamental à ampla defesa e contraditório, pode-se concluir que a independência dos juízos cível e criminal

⁷⁸ LÔBO, Paulo. *Sucessões...* obra citada, não paginada.

⁷⁹ GAGLIANO, Pablo Stolze. PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil, volume 7: direito das sucessões**. Saraiva Educação, 2017, não paginado.

é justificável e razoável, tanto porque possuem pretensões jurisdicionais distintas, como por assegurarem o devido processo legal a todos os envolvidos no caso jurídico de natureza cível (patrimonial). De igual modo, a forma de comunicação entre as esferas resguarda tanto o direito do indigno absolvido como dos herdeiros e do autor da herança, que podem se valer da via judicial cível sem vinculação irrestrita à decisão criminal.

Não se pode olvidar, porém, o mencionado a respeito da possibilidade de ação rescisória da sentença de improcedência do pedido de declaração de indignidade, se caso posteriormente intentada ação penal de que resulte a condenação do herdeiro.

Nesse caso, deverão ser incluídos na somatória jurídica os limites da coisa julgada e até mesmo da regra jurídica de decadência, já que o exercício do direito potestativo só ocorre uma vez, ferido de morte após o ajuizamento da demanda declaratória de indignidade.

Assim, seriam relevantes a esta discussão os incisos VII e §2º, I do art. 966 do Código de Processo Civil, assim visualizados:

Art. 966. A decisão de mérito, transitada em julgado, pode ser rescindida quando:
VII - obtiver o autor, posteriormente ao trânsito em julgado, prova nova cuja existência ignorava ou de que não pôde fazer uso, capaz, por si só, de lhe assegurar pronunciamento favorável;
§ 2º Nas hipóteses previstas nos incisos do caput, será rescindível a decisão transitada em julgado que, embora não seja de mérito, impeça:
I - nova propositura da demanda

O estudo deste particular aspecto é novo e ainda incipiente na doutrina e na jurisprudência, mas definitivamente é relevante e promissor para melhor preencher as lacunas da indignidade sucessória.

4.2 Do Código Civil de 1916 ao Código Civil de 2002

Embora este tópico aparente pertencer à primeira parte do estudo, considera-se que a mudança legislativa ocorrida na passagem dos Códigos compreende uma evolução prática e palpável no tratamento da indignidade sucessória, sendo a ponte de contato ideal para a abordagem da jurisprudência e dos projetos de lei apresentados após 2002.

Primeiramente, o Código Civil de 1916 estabelecia prazo prescricional de 4 anos, contado a partir abertura da sucessão, para o ajuizamento da ação para demandar exclusão do

herdeiro, conforme redação do art. 178, §9º, IV⁸⁰. O Código, quanto a isso, foi eivado de equívocos, o que custou à doutrina e à jurisprudência a sedimentação de entendimentos.

José Fernando Simão explica o processo de elaboração do primeiro Código Civil brasileiro, que acabou conduzindo à necessária modificação de estrutura do diploma:

É verdade que na vigência do Código Civil de 1916 a confusão continuou reinando, porque o diploma não adotou qualquer critério de distinção entre prescrição e decadência. Pelo contrário, o art. 178 daquele Código utilizava o termo “prescreve”, e a doutrina e a jurisprudência levaram décadas para demonstrar que, na realidade, em diversos incisos, o dispositivo continha prazos de natureza decadencial. Não foi de Clóvis Beviláqua a opção de ignorar a distinção dos institutos, como se pudesse a vontade do codificador fazer com que a decadência deixasse de existir no sistema. Pelo contrário, em seu projeto, Clóvis Beviláqua separava os institutos. A Parte Geral continha as regras de prescrição e cuidava em um único dispositivo desse tipo de prazo. Já os prazos decadenciais estavam espalhados por todo o projeto, tanto na Parte Geral quanto na Especial. Contudo, na Câmara dos Deputados, entendeu-se que a existência de duas espécies de prazos dificultaria a sua identificação e que, portanto, o Código Civil traria apenas hipóteses de prescrição, suprimindo-se qualquer referência à decadência. Assim, o Projeto da Câmara retirou do texto a palavra decadência e simplesmente cuidou da prescrição. Luiz F. Carpenter comenta essa opção do legislador de 1916. Por um lado, o Código acertou: imitando o Código Civil alemão, colocou a prescrição das ações na Parte Geral, ficando, assim, com inteira liberdade de referir-se à prescrição de todas as ações, como as derivadas do direito da família, do direito das coisas, do direito das sucessões. Porém, perdeu a oportunidade de elencar certos casos que não deveriam cair na regra geral, ficando “aquém da Teoria geral do direito civil, de Clóvis Beviláqua, da A prescrição, de Almeida Oliveira, da Nova consolidação, de Carlos de Carvalho”. A opção se revelou caótica com o passar dos anos, pois, diante da falta de clareza do sistema e da ausência de critérios claros de distinção dos institutos, a classificação de certo prazo, como de prescrição ou de decadência, gerou debates infundáveis e dificuldades aparentemente insolúveis para o poder judiciário. Como logo se percebe, a falta de clareza da lei, que retira a possibilidade de sua compreensão pelos intérpretes, tem duas consequências⁸¹.

A mudança para a subsunção à decadência (art. 1.815, §1º CC/2002) não foi elucidada nesta transição, mas, geralmente, tende-se a compreender que os prazos decadenciais são assim definidos por exclusão (“*o que não é prescrição é decadência*”).⁸²

Dessa forma, pode-se inferir que, no Brasil, a mudança percebida na passagem entre os Códigos, no tocante ao tema analisado, ocorreu de certa forma tácita, sem uma inabalável certeza do porquê da aplicação da natureza decadencial, que restou relegada à omissão da lei.

⁸⁰ Código Civil Brasileiro de 1916: “Art. 178. Prescreve: §9º em quatro anos: IV. A ação do interessado em pleitear a exclusão do herdeiro (arts. 1.595 e 1.596), ou provar a causa da sua deserdação (arts. 1.741 a 1.745), e bem assim a ação do deserddado para a impugnar; contado o prazo da abertura da sucessão”.

⁸¹ SIMÃO, José Fernando. *Prescrição e Decadência*...obra citada, p. 156.

⁸² “(...) no novo diploma, todavia, os prazos de prescrição são, apenas e exclusivamente, os taxativamente discriminados na Parte Geral, nos arts. 205 e 206, sendo de decadência todos os demais, estabelecidos como complemento de cada artigo que rege a matéria, tanto na Parte Geral como na Especial. Há se de se entender, pelo exposto, que o prazo contido no aludido parágrafo 1º do art. 1.815 do Código Civil de 2002 é de decadência”. (GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro*...obra citada).

Não à toa, alguns autores, como Giselda Maria Fernandes Hironaka e Francisco Cahali, ainda referem ao prazo para demanda de exclusão de herdeiro como se prescricional fosse⁸³.

O que houve, então, foi um deslocamento de *locus* ocasionado pela nova organização sistemática do diploma, que fez surgir a presunção de que, por não mais estar mencionado expressamente como hipótese prescricional, como outrora estava, o prazo para ajuizamento da ação competente é agora decadencial.

Entretanto, tornar esta a razão única e pura da atual problemática seria de um arrasamento injustificado: as maiores razões para a nova e rigorosa separação entre a prescrição e a decadência ocorreram, sobretudo, devido à busca pela executabilidade do novo *Codex* (ou seja, tornando mais rígidas as regras para os prazos, tal como mais nítidas as diferenças entre suas possíveis naturezas, a intenção foi de que o direito fosse melhor, e com mais segurança, manejado) e às construções doutrinárias a respeito do que seria *pretensão*, para fins de aplicação da *prescrição*. Tal questão foi desmembrada nos capítulos anteriores⁸⁴.

4.3. Análise jurisprudencial: Tribunais Estaduais de São Paulo e do Paraná

Do ponto de vista jurisprudencial, partiu-se de uma análise prática com base em decisões de primeiro e segundo grau dos tribunais do Estado de São Paulo e do Paraná dos últimos anos⁸⁵. De plano, ressalta-se que a pesquisa evidenciou três questões centrais que já

⁸³ CAHALI, Francisco José; HIRONAKA, Giselda Marias Fernandes Novaes. **Direito das Sucessões**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

⁸⁴ “Sobre o tema, pronunciou-se Moreira Alves que: “o ponto capital de inovações em matéria de Parte Geral é a distinção embora reconhecendo que continua a haver controvérsia entre decadência e prescrição, com a adoção de princípios singelos e práticos para tal. Assim, disciplinou-se, nessa Parte, o título quarto, Da prescrição e da decadência. Primeiramente, fez-se a disciplina da prescrição; adotou-se, à falta de uma nomenclatura melhor, a figura da pretensão, que vem do Direito germânico. Violado o direito, nasce para o titular a pretensão que se extingue pela prescrição dos prazos. Pelo sistema do projeto, há direitos e poderes que dão margem à violação, em decorrência da qual foi a posição doutrinária que se adotou surge esse instituto da pretensão. Surge uma pretensão material que Pontes de Miranda chama de ação civil, e que ainda é material porque não está no terreno processual, entre o que violou o direito e aquele que teve seu direito violado. Apenas nesse caso em que poderá vir a haver a necessidade da utilização do Poder Judiciário para o efeito de essa pretensão ser satisfeita é que se está diante do terreno em que ocorre a prescrição. Com relação àqueles poderes que são despidos de pretensão, a doutrina dos países de língua latina geralmente denomina potestativos. O contrário ocorre no Direito alemão, em que esses direitos são chamados de direitos formativos, onde não há pretensão justamente porque são direitos não susceptíveis de violação, mas pode haver a necessidade de prazo para o exercício deles, e mais, de prazo para seu exercício por via judicial, a fim de que se demonstre neles não a sua violação, mas sua existência para o efeito de seu exercício, como é o caso, por exemplo, da anulação de casamento e, em face do projeto, da anulação de negócio jurídico. Nesses casos o que ocorre é a decadência”. (Ibid., p. 10).” In: AZÁRIO, Márcia Pereira. *A parte geral do código civil de 2003: análise crítica da sua manutenção e abordagem de algumas inovações relacionadas ao tratamento legal das pessoas jurídicas, à prescrição e à decadência e ao regramento da prova*. Revista da Procuradoria Geral do Estado do Rio Grande do Sul, v. 27, nº 57, 2003.

⁸⁵ As informações de pesquisa e a listagem de jurisprudência encontram-se nos anexos I e II, ao fim deste trabalho.

foram mencionadas pelo estudo teórico do assunto, fortalecendo então a necessidade de pavimentação das dúvidas até então apresentadas:

- a) inobstante os magistrados reconheçam a independência entre as esferas cível e criminal e a natureza do prazo analisado, a suspensão do curso processual de ações declaratórias de indignidade, em razão de processo penal concomitante e pendente de sentença, foi recorrente;
- b) cotidianamente, suntuosos esforços argumentativos foram empreendidos no sentido de buscar do Judiciário uma compreensão distinta a respeito do termo *a quo* do prazo de ajuizamento da demanda. As razões para tanto foram inúmeras, mas prevaleceu a tese de incerteza jurídica para a propositura da ação, devido à falta de provas e pendência de condenação criminal a respaldar efetivamente o pleito;
- c) em casos de natureza puramente civil, e não criminal, foi possível supor que não houve problemas e dúvidas na instrução processual; nos casos de natureza criminal, por outro lado, a instrução foi atrofiadamente dispensada pela existência de ação penal concomitante, ou então suspensa, como mencionado.

A título exemplificativo, em ação de exclusão de herdeiro proposta pelo Ministério Público do Paraná e transitada em julgado em 26/07/2019⁸⁶, o *Parquet* reconheceu que o prazo decadencial já havia se esgotado quando da propositura da demanda, pois o falecimento do *de cujus* ocorreu em 18/12/2012 e o ajuizamento da ação ocorreu em 04/05/2018, mas argumentou, com esforço, neste sentido:

A doutrina ensina que este prazo deve ser flexibilizado, em virtude da necessidade do pleno conhecimento sobre o ato de indignidade praticado pelo herdeiro (...). A doutrina sugere, ainda, a aplicação da teoria da *actio nata* para solucionar o problema da justiça do prazo. (...). Destaca-se, no caso em tela, que a certeza do ato indigno praticado pelo requerido somente se deu com a prolação da sentença penal. Consoante documento anexo, a aludida decisão foi proferida em 23.09.2014, portanto, em lapso temporal inferior ao estabelecido pela norma supracitada. Diante do exposto, verifica-se que não ocorreu a prescrição desta pretensão, devendo ser julgado o mérito da presente demanda. Vale ressaltar que o réu foi absolvido sumariamente, tendo sido proferida a sentença absolutória imprópria. A sentença absolutória imprópria, por sua vez, reconhece a existência do crime e sua autoria, bem como, a inimputabilidade e periculosidade do autor do delito.

⁸⁶ Autos de ação declaratória de indignidade nº 0001970-75.2018.8.16.0101, proposta na Vara de Família de Jandaia do Sul, Estado do Paraná.

Neste caso, o Juízo não reconheceu a existência da decadência, e o requerido sequer suscitou posteriormente a prejudicial de mérito. A sentença foi pela procedência, com a fundamentação de que *“note-se da sentença penal absolutória imprópria (mov. seq. 1.5) que o homicídio e a autoria são incontroversos, o que por si só autorizam o reconhecimento da indignidade”*.

Em outro processo, cumpre mencionar a avaliação deveras interessante a que chegou o Juízo da Comarca de Ponta Grossa, ao decidir suspender a ação declaratória de indignidade e aguardar sentença penal⁸⁷:

O artigo 935 do CC, que trata da independência de instâncias, aborda responsabilidade civil. Cuida, pois, da reparação do dano; já a presente ação tem por escopo declarar a indignidade, subtraindo da ré a condição de herdeira. Finalidade, portanto, diversa. Verificado isto e que prevê o art. 315 do CPC que “se o conhecimento do mérito depender de verificação da existência de fato delituoso, o juiz pode determinar a suspensão do processo até que se pronuncie a justiça criminal”, o caso é de suspender o feito pelo prazo de até um ano (art. 315, § 2º, do CPC). Vez que, embora a suficiência da cognição a ser exercida por este juízo, os predicados do garantismo – e direitos fundamentais correlatos – fomentam a prudência de se aguardar, quanto possível, o reconhecimento e autoria do fato pelo juízo competente. Ante o exposto, suspendo o feito pelo prazo máximo de um ano ou, alternativamente, o trânsito em julgado da sentença condenatória

Ainda neste processo, quando advinda a notícia de sentença condenatória do requerido, a magistrada sentenciou pela procedência da exclusão do herdeiro requerido, fundamentando e explicando sua adesão à decisão do Juízo Criminal:

Não obstante haja a conhecida separação de instâncias, do que decorre a independência de cognição dos juízos específicos quanto aos fatos e suas consequências, a sentença penal condenatória têm por um de seus efeitos anexos - o que autoriza o instituto da adesão - a impossibilidade de discussão concernente à culpabilidade; aqui entendida esta como razão da pena, pela prática de fato típico, ilícito e culpável. A *ratio* das considerações acima, de há muito identificada na doutrina como consequência *ex delicto* das condenações penais, vem radicada nos artigos 63 e seguintes do Código de Processo Penal. Eis a expressão da teoria do transporte *in utilibus* aplicada ao caso; ou seja: o transporte útil da convicção definitiva, à vista da impossibilidade de o juízo cível subtrair a competência absoluta - e ainda mais constitucional (enquanto expressão de direito fundamental) - do tribunal do júri para julgamento de crimes contra a vida. Assim enfeixada a questão, é certo que este juízo não pode se furtar em conhecer que a ré foi tida por coautora do homicídio que vitimou seu finado marido (mov. 90.3)

⁸⁷ Autos de ação declaratória de indignidade nº 0048304-59.2017.8.16.0019, proposta perante a 1ª Vara de Família e Sucessões da Comarca de Ponta Grossa, Estado do Paraná.

Para evidenciar o mencionado no estado de São Paulo, informa-se que, dentre os processos analisados, os que foram sentenciados com procedência tiveram por fundamento jurídico unicamente a menção de existência de prévia condenação criminal - fato que bastou, sem quaisquer outras apurações, ao julgamento pela declaração de indignidade, portanto. No Tribunal, apenas um caso - pelo menos dentre aqueles a que se teve acesso - caminhou em sentido contrário, com a condenação no juízo cível mesmo com a absolvição imprópria no juízo criminal:

APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO DAS SUCESSÕES. AÇÃO DECLARATÓRIA DE INDIGNIDADE. DEMANDA INTENTADA COM FUNDAMENTO NA HIPÓTESE DO ART. 1.814, I DO CC. RÉU, AUTOR DE CRIME DE HOMICÍDIO CONTRA A ESPOSA E AS DUAS FILHAS, ABSOLVIDO NA ESFERA CRIMINAL, ANTE O RECONHECIMENTO DE INIMPUTABILIDADE POR DOENÇA MENTAL. SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA, QUE DECLARA A INDIGNIDADE. INCONFORMISMO. NÃO ACOLHIMENTO. A possibilidade de inclusão do agente que cometeu o crime de homicídio na sucessão das vítimas avilta o fundamento ético da indignidade. Irrelevância do reconhecimento da inimputabilidade, no âmbito criminal. Exclusão bem determinada. Sentença mantida. Negado provimento ao recurso. (TJSP, Apelação Cível nº 4009140-57.2013.8.26.0576, Relator (a): Viviani Nicolau, Comarca: São José do Rio Preto. Órgão julgador: 3ª Câmara de Direito Privado. Data do julgamento: 16/09/2015).

Outro aspecto interessante que se notou neste Tribunal foi que a teoria *actio nata* – esmiuçada no terceiro capítulo deste estudo – foi mencionada como fator a ser cogitado para ação declaratória de indignidade ser admitida mesmo precluso o prazo de 4 anos. Tratam-se de julgamentos recentes, com a seguinte fundamentação:

EXCLUSÃO DE LEGATÁRIOS POR INDIGNIDADE. Decreto de extinção liminar – Decadência configurada – Prazo quadrienal (art. 1.815, par. 1., CC e 178, IV, par. 9, CC/1916) contado da data da abertura da sucessão – Demanda ajuizada 27 após referida data – Ainda que se entenda pela aplicação da teoria da *actio nata*, a autora figurou como parte em duas ações de anulação de testamento (ajuizadas nos anos de 1992 e 2000), de onde se depreende que desde àquela época já tinha conhecimento dos fatos geradores da apontada indignidade (além do ajuizamento de ação e interdição, pelos apelados, em face da testadora, no ano de 1991) – Ausência de justificativa para o ajuizamento da presente quando decorridos quase trinta anos (seja do óbito da testadora, seja dos fatos que implicariam na apontada indignidade) - Extinção corretamente decretada - Sentença mantida - Recurso improvido. (TJSP, Apelação Cível 1001171-44.2019.8.26.0281, Relator (a): Salles Rossi; Órgão Julgador: 8ª Câmara de Direito Privado; Foro de Itatiba - 1ª Vara Cível; Data do Julgamento: 17/11/2020; Data de Registro: 17/11/2020)

Apelação – Ação de indignidade – Prazo decadencial – Impossibilidade de contagem de prazo da morte da autora da herança, se naquela oportunidade não havia plena evidência de uma das hipótese elencadas no artigo 1.814 do Código Civil, circunstância caracterizada apenas no âmbito da ação declaratória ajuizada dentro do prazo em face do apelado – Prazo que deve fluir do trânsito em julgado daquela decisão – Aplicação da teoria da *actio*

nata – Causa madura para julgamento – Ausência de necessidade de produção de novas provas porque a conduta dolosa do réu restou evidenciada – Sentença reformada – Recurso provido para afastar a decadência e declarar a exclusão do réu por indignidade da sucessão de Luzinete Gomes de Carvalho. (TJSP; Apelação Cível 1017288-07.2018.8.26.0068; Relator (a): Luis Mario Galbetti; Órgão Julgador: 7ª Câmara de Direito Privado; Foro de Barueri - 5ª Vara Cível; Data do Julgamento: 20/01/2020; Data de Registro: 21/01/2020)

Destarte, a breve análise aqui realizada permitiu concluir - é claro que com todas as ressalvas quanto à amplitude de acesso e às peculiaridades de cada caso -, que há mais prejuízos e obstáculos advindos da forma como está atualmente regrado o instituto do que aspectos positivos, já que a forma de contagem do prazo e a indecisão prática sobre a comunicação ou não comunicação entre os juízos cível e criminal resultam em algumas incertezas jurídicas reiteradas.

Isso porque são vários e difusos os posicionamentos dos julgados, não se enxergando uma posição clara e uma sobre a relevância da confirmação da autoria do crime em detrimento do prazo decadencial, ou vice-versa.

4.4. Análise legislativa: projetos de lei apresentados

No Poder Legislativo, as proposições são cirúrgicas e mostram como a sociedade percebe a indignidade. Passa-se a analisar alguns projetos que apresentaram soluções concretas e efetivas para vários pontos do instituto⁸⁸.

O Projeto de Lei nº 168 de 2006 do Senado Federal atualmente está na Câmara dos Deputados para revisão sob o nº 7.806/2011. De relatoria da Senadora Serys Slhessarenko (PT/MT), foi o mais mencionado dentre os doutrinadores, que à época escreviam mais sobre o instituto da indignidade. A proposta é de acrescentar o art. 1.815-A ao Código Civil, *“para determinar, nos casos de indignidade, que o trânsito em julgado da sentença penal condenatória acarretará a exclusão imediata do herdeiro ou legatário indigno”*.

Na exposição dos motivos da alteração, diz-se que a finalidade é dirimir dúvidas e interpretações nas definições do Código Civil e que *“a sociedade sente a necessidade de tornar automática a exclusão de herdeiro ou legatário indigno, condenado por sentença penal transitada em julgado”*, afastando a necessidade de propositura da ação declaratória de indignidade. Ainda, menciona-se que *“a sentença penal, transparente e justa, fortalecerá o*

⁸⁸ Todas as informações mencionadas estão disponíveis nos sítios eletrônicos do Senado Federal e Câmara dos Deputados, de acesso público, irrestrito.

direito sucessório, vez que traz segurança jurídica para os demais herdeiros (...), que não serão obrigados a litigar novamente em juízo”.

Em parecer favorável da Comissão de Constituição e Justiça, destacou-se que “*preside a ideia de aglutinação de procedimentos, como é exemplo o processo de execução de decisões judiciais no processo de conhecimento, e não em autos apartados, e a de simplificação de medidas, para que se obtenha mais rapidamente a resposta do Estado*”.

Apontou-se, ali, que a redação atual do art. 1.815 acaba por sugerir a mitigação do valor da sentença penal condenatória.

A proposta foi aprovada com unanimidade no Senado Federal e aguarda revisão pela Câmara dos Deputados; nesta última casa, porém, o projeto está parado desde junho de 2018, em razão das diversas devoluções sem manifestação dos relatores designados.

O Projeto de Lei nº 118 de 2010 foi apresentado pela Senadora Maria do Carmo Alves (DEM/SE) e posteriormente enviado à Câmara dos Deputados para revisão sob o nº 867 de 2011. Por sua vez, a proposição é bem mais abrangente e pretende a modificação de inúmeros dispositivos dos Capítulos V e X do Livro V do Título I do Código Civil. Quanto ao art. 1.815, propõe-se passe a vigorar com a seguinte redação:

Art. 1.815. O impedimento, em qualquer desses casos, será declarado por sentença, salvo quando houver anterior pronunciamento judicial, civil ou criminal, que já tenha expressamente reconhecido a prática da conduta indigna, bastando, nestes casos, a sua juntada aos autos do inventário.

§1º Poderá demandar judicialmente o impedimento todo aquele que possuir legítimo interesse econômico ou moral, além do Ministério Público.

§2º O direito de demandar o impedimento extingue-se em dois anos, contados da abertura da sucessão ou de quando se descobrir a autoria do comportamento indigno.

A interessante justificativa mencionada especificamente para este ponto é a de que:

mostra-se inútil e impertinente a exigência da demanda mesmo quando a conduta ensejadora da privação hereditária já tenha sido reconhecida em sentença penal condenatória ou mesmo perante uma outra decisão de natureza cível. O seu reclamo, por óbvio, é para a formação de um conjunto probatório, que, já tendo sido realizado, não deve ser repisado em mais um processo, principalmente quando se busca agilizar a resolução de conflitos, evitando a tramitação de novos feitos repetitivos que venham a abarrotar ainda mais o já tão combalido Judiciário

A respeito da extensão do prazo e termo *a quo*, alterações estas significativas, nada se motivou profundamente.

Entretanto, em parecer da Comissão de Constituição e Justiça, foi mencionado que “*evita-se, com esse expediente, em benefício do Poder Judiciário e da celeridade que dele se*

espera, a formação de uma nova relação processual, com todos os expedientes, recursos e incidentes a ela inerentes, quando já existente decisão a respeito do indigno”.

Tal como o primeiro projeto analisado, a proposta foi aprovada com unanimidade pela Comissão e aguarda revisão pela Câmara dos Deputados.

Passando aos projetos de lei mais recentes - o que demonstra a perpetuidade da matéria nas tratativas legislativas - tem-se o Projeto de Lei nº 3.410 de 2019, apresentado pelo Senador Elmano Férrer (PODEMOS/PI). Por meio dele, propõem-se alterações no Código Penal e do Código Civil simultaneamente (respectivamente, o art. 92 e o art. 1.815). Por essa via, o art. 92 do diploma penalista passaria a vigorar com a inclusão de um inciso IV - *“a exclusão da sucessão nos casos previstos no inciso I do art. 1.814 do Código Civil”*, ou seja, como um dos efeitos diretos da condenação por homicídio doloso tentado ou consumado.

O art. 1.815, lateralmente, contaria com um §2º com a seguinte redação: *“§ 2º Na hipótese do inciso I do art. 1.814, a exclusão do herdeiro será declarada na sentença penal condenatória, na forma do inciso IV do art. 92 do Código Penal”*.

As sugestões foram motivadas em razão da tamanha *“incerteza sobre o patrimônio do falecido”*, advinda das regras atuais de necessidade de sentença cível. O projeto ainda aguarda parecer conclusivo da Comissão de Constituição e Justiça e posterior remessa à casa revisora. Vale pontuar, apenas a título complementar, que essa mesma proposta de inclusão da declaração de indignidade como efeito direto da sentença penal já fora apresentada anteriormente, quando do Projeto de Lei nº 7.418 de 2002 (141/2003 na Câmara dos Deputados).

A indignidade sucessória ainda recebeu outros projetos de lei importantes e exitosos, como o reconhecimento de legitimidade do Ministério Público para o ajuizamento da ação declaratória - conforme já mencionado -, e, por outro lado, outros mais inusitados e questionáveis, como o que pretendia estender aos descendentes do indigno a impossibilidade de acesso à herança (PLS nº 273/2007).

Pode-se dizer, após a detida análise, que a maioria das proposições legislativas caminham no sentido de incluir demais tipos penais no rol de cabimento da indignidade e de entregar ao Juízo Criminal a possibilidade de declaração da exclusão do herdeiro - as formas para tanto foram distintas, mas indicam exatamente os pontos sensíveis do atual tratamento do tema no ordenamento jurídico.

CAPÍTULO V – DIREITO COMPARADO: O DIREITO ALEMÃO, FRANCÊS E PORTUGUÊS

Ao estudo da indignidade sucessória é grande relevância menção especial ao direito comparado, posto que a temática é disciplinada com sensíveis diferenças, de cunho civil e processual, nos sistemas jurídicos estrangeiros.

Por sua vez, a escolha pelos sistemas alemão, francês e português como os ordenamentos principais a serem analisados justifica-se pela influência que tais doutrinas tiveram sobre o pensamento jurídico brasileiro, especialmente na dogmática do direito civil.

Por exemplo, a criação de uma Parte Geral nos Códigos Civis de 1916 e 2002 teve notória influência alemã. Até a o ano de promulgação do primeiro diploma civil nacional, o Brasil vivia sob a égide da legislação portuguesa, o que também deixou notáveis marcas lusitanas ao nosso sistema. A doutrina francesa, em alguns institutos civis brasileiros, é igualmente presente, como na separação do direito civil em relação ao direito comercial, nas notas sobre responsabilidade civil, direito de família e, em parte, das sucessões.

Ademais, não se poderia olvidar que esses sistemas, entre si, tiveram grandes comunicações e implicações recíprocas.

Sendo este um trabalho crítico da regulação do instituto da indignidade sucessória no ordenamento nacional, fez-se necessária sua comparação com sistemas que fixam de forma diferente o termo inicial do prazo para a demanda de exclusão do herdeiro por indignidade. Para tanto, além dos três protagonistas, também será reservada menção aos sistemas argentino e belga, que também trabalham a indignidade sucessória com demasiada distinção.

Cada qual, a sua própria forma, contribui ricamente para o estudo, porque trazem uma visão referencial e prospectiva sobre novas possibilidades para o manejo da indignidade sucessória no Brasil.

A breve análise de cada ordenamento consistirá na exposição sobre as bases históricas do direito codificado (origens e influências) e, especificamente quanto à indignidade sucessória, serão destacados os dispositivos de cada código civil, explicando-se suas definições, remissões e, acima de tudo, os pontos de distanciamento e aproximação em relação ao Código Civil brasileiro de 2002.

5.1 Direito Alemão

Para esta análise, recorre-se principalmente ao estudo de Otávio Luiz Rodrigues Júnior, que, ao analisar a influência do BGB e da doutrina alemã no direito civil brasileiro do século XX, fê-lo com atenção e cuidado ímpares, especialmente no manejo bem contextualizado do conceito de liberalismo, cujo adjetivo cunhou o *Bürgerliches Gesetzbuch*.

A leitura da obra ressalta que a recepção do direito alemão no Brasil foi mais notável nas duas codificações civis, mas a influência já se mostrava presente no período colonial, em razão do inicial diálogo entre o direito alemão e o direito português. Significa dizer que a apreensão da dogmática alemã pela brasileira foi inicialmente indireta, pois passou primeiros pelas fontes portuguesas, à época ainda de matrizes francesas, para posteriormente adquirir maior contraste no ordenamento, já independente, brasileiro⁸⁹.

O referido código alemão nasceu da emenda legislativa do art. 4º, 13, da Constituição Alemã de 1871, que entregou ao *Reich* a competência para legislar sobre Direito Civil. Como se poderia imaginar, tal como a ocorrido com o Código Civil brasileiro de 1916, o comumente chamado BGB, à sua época, foi discutido sob fortes tensões políticas, estas advindas principalmente das disputas entre a “*alemanha rural e industrial, aristocrática, burguesa e operária, católica e protestante*”⁹⁰.

Narra-se que o projeto foi marcado pela composição de duas comissões.

A primeira, desenvolvida entre os anos de 1874 a 1889, foi composta por catedráticos, juízes e conselheiros ministeriais. Muito embora tenha sido neste momento em que se desenhou o “grosso” estrutural do diploma, com as divisões em parte geral e especial, distinguidos os cinco livros, o primeiro projeto apresentado recebeu severas críticas, em razão do academicismo exacerbado e “baixa densidade social dos dispositivos”. A segunda comissão, atuante de 1891 a 1895, em resposta às problemática observadas, foi realizada em sessões públicas, com participantes de diversas profissões e origens sociais, a fim de que fosse repensada e modificada a substância do projeto de código.

Após um período de *vacatio legis* de 4 anos, o BGB foi promulgado em 1900, tendo sido identificado como de “natureza liberal, marcada pela defesa da propriedade absoluta e da família tradicional”, aspectos esses foram assimilados, e segundo Otávio Luiz Rodrigues, com ressalvas, pelo Código de Bevilacqua.

Todavia, o mencionado estudo do código alemão faz a importante ressalva de que essa alcunha liberal e patrimonialista está mais ligada a um preconceito consensual a seu respeito do

⁸⁹ JUNIOR, Otavio Luiz Rodrigues. A influência do BGB e da doutrina alemã no Direito Civil brasileiro do século XX. *Revista dos Tribunais*, v. 938, p. 79-155, 2013.

⁹⁰ Idem, p. 60.

que a uma consciência do que efetivamente compreendia a intenção legislativa liberal. O autor parte da leitura de Joachim Rückert, professor na Johann Wolfgang Goethe-Universität Frankfurt am Main, que colacionou as concepções da história usual do Código Civil Alemão, e elucidou pontos importantíssimos e aparentemente desconsiderados sobre a construção do *Bürgerliches Gesetzbuch*:

O BGB é o fruto de um ideal legislativo pautado por “proposições jurídicas” que se poderiam definir como principiologicamente. O Código não poderia ser considerado como o produto de um formalismo especial, como é tão comum de se encontrar em diversas obras brasileiras. A clareza das regras era um objetivo do codificador. Nesse aspecto, dever-se-ia evitar tanto a abstração principiologicamente, destituída de vinculatividade, quanto uma confusa casuística. Joachim Rückert é devastador nesse ponto: o formalismo de que é acusado o BGB nada tem que ver com uma dicotomia entre forma e substância e sim com um questionável substancialismo político-filosófico, que pretende extrair sentido da “vida”, ao tempo em que nega essa “vida” ao BGB. Trazendo essa questão para a contemporaneidade, é muito comum se dizer que o Código de 1916 era divorciado da realidade, da “vida” e que o atual Código Civil, ou a interpretação que dele se faz (à luz dos princípios), é que trouxe a “vida” para dentro de suas normas. (...) f. O BGB não foi um código criado sob a inspiração do chamado “Positivismo científico”²⁵², tal como defendeu Franz Wieacker. O Código não tencionava vincular o juiz como se ele fosse a “boca da lei”, mas sim a um grupo de casos presente em suas seções. g. O Código Civil de 1900 não desconheceu o contexto social, político e histórico de seu tempo. Ele deu sequência a um ideal de Savigny, pautado na adequada cooperação entre o Direito Civil e o Direito Público. Não se negligenciou a função civilizatória e comunitária do Direito Privado, mas se tentou construir a primeira “sociedade aberta”, como referiu Karl Popper, no Direito Civil e na Alemanha. Nesse sentido, ao estilo de Rückert, a ridicularização do “direito subjetivo”, como categoria, após 1933, deu-se em um contexto de total aversão a esse importante legado do BGB por um regime totalitário. O artigo de Rückert desenvolve ainda correlações entre os avanços técnicos do BGB e a antecipação de um debate do final do século XX sobre o papel dos princípios. Em outra seção, ele tenta refutar a crítica de que o BGB encerrara seus esforços em proteger uma certa igualdade formal, a despeito de uma suposta lacuna quanto à desigualdade material entre os indivíduos⁹¹.

Recorrendo ao escrito de Joachim Rückert, este assinala que a pretenciosa abertura principiologicamente do código civil alemão é melhor representada pelo princípio da igual liberdade jurídica:

Pode-se identificar, portanto, no próprio código e com a ajuda dos materiais, um princípio geral referente ao conteúdo. Isso faz do BGB um todo ordenado segundo princípios no sentido kantiano – disso também tinha-se plena consciência à época, como mostra em 1891, por exemplo, a citação inusitada e, posto que óbvia, incompleta de Kant junto ao título de uma obra do redator do BGB Fritz André⁴⁷. Acima de tudo encontra-se o princípio da igual liberdade jurídica. Ele é aplicado e desenvolvido em todos os livros do BGB, ou seja, liberdade contratual e imputação à vontade livre (responsabilidade civil apenas para a vontade que se tinha ou se podia ter) no direito das obrigações, liberdade de domínio nos direitos reais, liberdade na celebração e quanto ao regime de bens do casamento no direito de família, bem como liberdade de testar no direito das sucessões. Mesmo o *numerus clausus* dos direitos reais, que

⁹¹ JUNIOR, Otavio Luiz Rodrigues. *A influência do BGB...* obra citada, p. 108.

parece tão cogente, apenas canalisa o tratamento da liberdade, fixa portanto claims, pois a liberdade não poderia se desdobrar de outra forma sendo os recursos limitados como o são nos direitos reais⁹².

Realmente, a principiologia que assenta base na igual liberdade é refletida também no livro das Sucessões, de autoria de Gottfried Ritten Von Schmitt. Sua estrutura rígida, precisa e sistemática é refletida dentre os dispositivos do diploma. No caso – e agora se adentra ao tema do presente estudo –, o corolário da indignidade sucessória e da privação da legítima⁹³ partiu do provérbio alemão *blutige hand nimmt kein erbe* (“mão ensanguentada não apanha herança”).

A indignidade é disciplinada no diploma pelos parágrafos 2339 a 2045, com remissões a outros dispositivos⁹⁴. Destacam-se, aqui, apenas as previsões relacionadas ao rol de práticas de ingratidão, ao meio para o reconhecimento da indignidade e ao respectivo prazo para a impugnação:

§ 2339

Causas da indignidade para herdar

(1) Uma pessoa é indigna de herdar:

1. se intencionalmente e antijuridicamente matou ou tentou matar o falecido, ou o colocou em um estado pelo qual era incapaz, até sua morte, de estatuir ou revogar uma disposição *mortis causa*,
2. se intencionalmente e antijuridicamente impediu o falecido de estatuir ou revogar uma disposição *mortis causa*,
3. se, por engano ou antijuridicamente, por coação, induziu o falecido a outorgar ou revogar uma disposição *mortis causa*,
4. se for, em relação à disposição *mortis causa* elaborada pelo falecido, culpado de infração penal, nos termos dos artigos 267, 271 a 274 do Código Penal⁹⁵.

(2) Nos casos previstos na subseção (1) n.ºs. 3 e 4, a indignidade não ocorre se, antes da devolução da herança, a disposição que o testador foi induzido a outorgar, ou a respeito da qual o crime foi cometido, se tornou ineficaz, ou então a disposição que ele foi induzida a revogar teria se tornado ineficaz

§ 2340

Afirmção da indignidade de herdar por evasão

(1) A indignidade para herdar é afirmada pela contestação da aquisição da herança.

⁹² RÜCKERT, Joachim. O BGB – um código que não teve oportunidade? *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, Porto Alegre, n. 34, p. 5-37, 2016.

⁹³ O BGB não utiliza o vocábulo “deserdação”, pois admite-se, por construção doutrinária, uma privação apenas parcial, em testamento, da legítima. O código então refere, nos parágrafos 2333 a 2338, à expressão privação da legítima (*Entziehung des Pflichtteils*).

⁹⁴ As traduções dos dispositivos foram realizadas pela própria autora e de forma livre: primeiro, traduziu-se do alemão para o inglês, comparando os termos jurídicos eventualmente incompatíveis; em seguida, do inglês para o português, buscando-se dirimir eventuais incompreensões próprias dos termos estrangeiros. Anote-se que, obviamente, o sentido das normas manteve-se incólume.

⁹⁵ Respectivamente, faz-se remissão aos crimes de falsificação de documentos, falsificação instrumental indireta mediata, alteração de documentos oficiais e a supressão de documentos.

(2) A contestação só é admissível após a transmissão da herança. A contestação pode ser efetuada contra um herdeiro subsequente, logo que a herança tenha passado para o herdeiro anterior.

(3) A contestação pode ser efetuada apenas dentro dos períodos especificados na seção 2082.

§ 2082

Período de contestação

(1) A contestação pode ser feita apenas dentro de um ano.

(2) O prazo se inicia na data em que a pessoa com direito à contestação obtém conhecimento de seu motivo. O decorrer do período é regido pelas disposições aplicáveis à prescrição (seções 206, 210 e 211) com as modificações necessárias.

(3) A evasão é excluída se trinta anos se passaram desde a devolução da herança.

§ 206

Suspensão da prescrição em caso de força maior

A prescrição é suspensa enquanto, nos últimos seis meses do prazo, a parte obrigada estiver impedida, por força maior, de exercer os seus direitos.

§ 211

Suspensão de caducidade em questões relativas a bens

(1) O prazo de prescrição para um crédito relativo a uma herança não entra em vigor antes de seis meses após a data em que a herança é aceita pelo herdeiro ou (...).

(2) Se o prazo de prescrição for inferior a seis meses, o prazo especificado para a prescrição substituirá os seis meses.

Da leitura dos dispositivos destacados, nota-se que então que, assim como dispõe o ordenamento brasileiro, a indignidade sucessória no código civil alemão prescinde de condenação criminal prévia relacionada às condutas elencadas no parágrafo 2339. A condenação só será necessária se se tratar da hipótese 4.

Contudo, para o reconhecimento da condição de indigno, será necessário, mediante impugnação específica, recorrer ao Tribunal de Sucessões Alemão – essa menção é necessária pois, no regime belga e francês, o acionamento judicial é dispensável, operando a indignidade, em algumas vezes, de forma automática.

O sistema alemão, porém, difere do brasileiro em duas medidas: o prazo para impugnação/contestação é exíguo, sendo apenas de um ano, mas se inicia do conhecimento do fato – tal como se propôs no Capítulo III deste estudo. Entende-se que essa modulação (diminuição quantitativa do prazo e modificação do termo de início) bem atende à segurança jurídica pretendida em larga medida pelo ordenamento alemão.

Ademais, o intervalo de tempo estabelecido em lei pode ser interrompido, incidindo sobre ele as regras de prescrição relacionadas à força maior e incapacidade – diferente do que ecoa o Código Civil brasileiro – neste, o cômputo do prazo decadencial apenas pode ser afetado em razão de incapacidade (menoridade), conforme arts. 198 e 208.

O BGB também prevê situações excepcionais, que no direito brasileiro só poderiam ser apuradas em Juízo, como a não incidência, *ipso iure*, da indignidade nas hipóteses 3 e 4 do parágrafo 2339, casos em que, antes de aberta a sucessão, a disposição de última vontade a respeito da qual ocorreu o comportamento ofensivo tenha sido considerada ineficaz.

Os demais aspectos da indignidade sucessória, tal como os efeitos *ex tunc* da sentença e a possibilidade de reabilitação e perdão do ofendido não diferem em muito do manejo brasileiro. É de se anotar, no entanto, que a lei alemã não exige o mesmo grau de formalismo para o perdão, que pode ser tácito e não necessariamente em ato solene, como no Brasil.

5.2 Direito Francês

O direito francês tem gênese no sincretismo ocorrido, por volta dos séculos XI e XIII, entre o *droit écrit*, do sul da França – de origens romanas – e o *droit coutumier*, do norte do país, de referencial germânico, sendo ambos os responsáveis por compor as principais fontes do direito moderno.

Esse movimento é bem elucidado por Fachinni Neto, ao mencionar que essa divisão delineada nacionalmente, embora perceptível, não era absoluta, de modo que se imbricavam os costumes germânicos e as leis romanas quando necessário. Ademais, indica-se que as produções legislativas (estas ainda imperiais, por meio das *orndonnances*) e doutrinárias (com vistas a sistematizar e adaptar o direito romano) foram indispensáveis ao conjunto de inspirações do futuro *Code Napoléon* de 1804⁹⁶.

Apesar dos esforços destinados à unificação do direito privado, foi apenas após a Revolução Francesa que se pode visualizar um direito intermediário. Entre radicalismos do pensamento liberal revolucionário e outras contramarchas⁹⁷, o primeiro projeto de Código Civil adveio em 1793, apresentado por Cambacérès, mas foi rejeitado por sua extensão e complexidade. Foi só em 1796, por ocasião do terceiro projeto, que se formou o Conselho dos Quinhentos, foi interrompido pela tomada de poder por Napoleão, em 1799.

⁹⁶ NETO, Eugênio Fachinni. Code civil francês: gênese e difusão de um modelo. **Revista de Informação Legislativa**, 2013, p. 59-83.

⁹⁷ Em sua obra, Eugênio Fachinni Neto destaca, a partir das lições de Zweigert e Kötz (1992) sobre o direito intermediário: “a Assembleia Constituinte, em 1791, eliminou pura e simplesmente, sem qualquer direito a indenização, todas as formas de ônus fundiários feudais, suprimiu todos os privilégios da primogenitura (substituído pela divisão patrimonial igualitária entre todos os herdeiros) e qualquer diferença jurídica derivada de sexo ou idade. Chegou-se, inclusive, a abolir a possibilidade de testar e de doar. O matrimônio passou a ser visto como simples contrato, que poderia ser desfeito mediante simples afirmação de “*incompatibilité d’humeur ou de caractère*”. Os filhos bastardos, desde que reconhecidos (com exceção dos adúlteros), foram equiparados aos filhos legítimos”. (Idem, p. 65).

Desse modo, é indicado que, sob as normas do novo regime, Napoleão nomeou uma comissão composta por duas pessoas do sul da França e duas do norte, especialistas, respectivamente, em direito romano e direito consuetudinário. A participação direta do Cônsul na elaboração de projetos parciais foi visível e determinante, ocorrendo entre 1803 e 1804 sua promulgação em lei única. Foi em 1807, porém, que o *Code* recebeu o nome *Napoléon*, mantido mesmo após a posterior queda do imperador.

Seus pilares, segundo Paolo Gallo, eram: “a) o direito romano, tal como sistematizado por Domat e Pothier; b) o direito consuetudinário, particularmente o *Coutume de Paris*; c) o direito consagrado nas grandes ordenações setecentistas; d) o direito jurisprudencial dos *Parlements*”. Suas demais características referem-se a sua popularidade, pois possui linguagem acessível e simples, e ao grande espaço ocupado pelos temas relacionados ao contrato e à propriedade – quanto a esta última, “*abandonam-se as concepções medievais (...) retornando-se à concepção romana de propriedade una e indivisa, tendencialmente absoluta*”⁹⁸.

As influências do *Code Civile* no Brasil, tal como mencionado no item anterior sobre o direito alemão, veio ao modo indireto, passando com mais força pelo direito português e pelas ordenações (afonsinas, manuelinas e filipinas) para então refletir no direito brasileiro. Não à toa, o sistema é brasileiro mencionado dentre os que construíram códigos civis dotados de maior originalidade, por possuir inúmeras influências sem se assemelhar completamente a nenhuma.

Semelhantemente ao direito alemão, os franceses também possuem um provérbio que fundamenta materialmente a indignidade sucessória. Trata-se do *on n’herite pas de ceux qu’on assassine* (ninguém herda dos que assassina). O diploma civil, quanto ao instituto aqui em análise, dispõe, dentre os artigos 726 e 727⁹⁹:

726. São indignos de suceder e, como tal, são excluídos da sucessão:

1º Quem for condenado, como autor ou cúmplice, à sanção penal por ter matado ou tentado matar intencionalmente o falecido;

2º Aquele que for condenado, como autor ou cúmplice, à sanção penal por ter agredido ou cometido violência que resulte na morte do falecido sem intenção fazê-lo.

727. Pode ser declarado indigno de suceder:

1º Aquele que for condenado, como autor ou cúmplice, a pena correccional por ter voluntariamente dado ou tentado matar o falecido;

2º Aquele que for condenado, como autor ou cúmplice, à pena de prisão por ter cometido voluntariamente violência que resultou na morte do falecido sem intenção de a praticar;

⁹⁸ GALLO, Paolo. **Grandi sistemi giuridici**. Torino: Giappichelli, 1997 *apud* NETO, Eugênio Facchini. *Code civil francês*...obra citada, p. 72.

⁹⁹ As traduções dos dispositivos foram realizadas pela própria autora e de forma livre: traduziu-se direto do francês para o português, comparando os termos jurídicos eventualmente incompatíveis. Anote-se que, obviamente, o sentido das normas manteve-se incólume.

2º *bis* Aquele que for condenado, como autor ou cúmplice, a uma sanção penal ou correcional por ter cometido tortura e atos bárbaros, violência intencional, estupro ou agressão sexual contra o falecido;

3º Aquele que for condenado por falso testemunho contra o falecido em processo penal;

4º Aquele que for condenado por ter se abster voluntariamente de prevenir o crime ou a ofensa à integridade corporal do falecido de que resultou a morte, quando poderia fazê-lo sem risco para ele ou para terceiros;

5º Aquele que for condenado por denúncia caluniosa contra o falecido quando, pelos fatos denunciados, incorreu em sanção penal.

Também podem ser declarados indignos aqueles que cometeram os atos mencionados em 1º e 2º e em relação aos quais, em razão de sua morte, a ação pública não pôde ser realizada ou cessada.

727-1. A declaração de indignidade prevista no artigo 727.º é proferida após abertura da sucessão pelo tribunal judicial a requerimento de outro herdeiro. O pedido deve ser feito dentro de seis meses após a morte, se a condenação for anterior ao falecimento, ou dentro de seis meses após esta decisão condenatória, se esta for posterior à morte. Na falta de herdeiro, o pedido pode ser feito pelo Ministério Público.

Vê-se que, diferentemente do sistema alemão, o direito francês inegavelmente considera imprescindível a condenação criminal pelos atos de indignidade previstos.

O art. 726 representa operação *ipso iure* da sanção civil, como um efeito direto da decisão penal condenatória, dispensando a ação civil.

Diferentemente, o art. 727, lido em conjunto ao art. 727-1, disciplina os casos em que se faz necessária a declaração civil de indignidade, mediante ação específica – também sem afastar, frise-se, a necessidade de condenação criminal prévia. Significa que nenhuma das hipóteses pode ser apurada diretamente em Juízo Cível para obtenção da declaração de indigno.

O art. 727-1 obedece à mesma racionalidade ao fixar de forma diferente o prazo cada situação: o prazo para o ajuizamento da referida demanda é de seis meses do falecimento do *de cuius*, no caso em que a condenação penal for anterior à morte deste; ou também de seis meses a partir da condenação criminal, se esta for posterior à morte do autor da herança.

Caio Mario da Silva Pereira afirma que o direito francês equipara a ausência de denunciação do assassino a uma espécie de cumplicidade moral, o que ressalta a relevância das bases que sustentam o instituto sucessório no país¹⁰⁰.

E, com efeito, realmente se percebe que o rol de práticas ensejadoras da indignidade é muito mais extenso do que as estabelecidas pelo direito brasileiro; e não só isso: a possibilidade de exclusão do herdeiro sem a propositura da demanda civil, bem como a extensão da pecha

¹⁰⁰ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições...* obra citada, p 34.

civil aos casos em que foram aplicadas penas correcionais¹⁰¹ são outros fatores que evidenciam a busca pela garantia de derrota da impunidade.

5.3 Direito Português

Mesclando-se o estudado sobre o direito alemão e francês, pode-se compreender melhor a construção jurídica portuguesa, que bebe diretamente dessas fontes. Antonio dos Santos Justo, professor catedrático da Universidade de Coimbra, releva que a história do direito lusitano remonta ao ano 1140, com a fundação de Portugal¹⁰².

Narra o autor que, em 1447, cinco livros já formavam as ordenações afonsinas, chamadas *leis do reino*, responsáveis por estabelecer fontes próprias do direito português – a lei, o costume e a vontade do rei; subsidiariamente, o direito romano, juntamente ao canônico, era aplicado às lacunas normativas identificadas à época. Em 1521, atualizando o primeiro compilado de leis, as ordenações manuelinas foram marcadas pelo instituto dos *assentos* e pela consagração do regime geral da comunhão de bens como supletivo.

Promulgadas em 1603, as ordenações filipinas representaram profunda transformação no pensamento jurídico, devido ao humanismo jurídico – como influência do momento francês.

A partir daí até a promulgação do Código Civil de 1867, conhecido como Código de Seabra, as influências do iluminismo e a mudança paradigmática da fonte de racionalidade do direito modificaram substancialmente o direito peninsular. A maior influência do direito francês e seguinte apreensão da dogmática alemã foram mais perceptíveis.

¹⁰¹ O sistema penal francês difere do brasileiro também em relação à classificação das penas. Carlos Eduardo Minozzo Poletto, em obra já citada, explica este ponto, afirmando: “Isso decorre de uma singularidade da lei penal francesa inexistente no ordenamento brasileiro. Veja que o artigo 726 exige a condenação a uma pena criminal (peine criminelle), enquanto o ora analisado artigo 727 fala em pena correcional (peine correctionnelle). Segundo o artigo 131-1 do Código Penal francês, constituem-se penas criminais suscetíveis de imposição às pessoas físicas (a codificação penal francesa também regula especificamente a imputabilidade criminal das pessoas jurídicas): – a reclusão criminal ou a detenção criminal à perpétuidade; – a reclusão criminal ou a detenção criminal até 30 anos; – a reclusão criminal ou a detenção criminal até 20 anos; – a reclusão criminal ou a detenção criminal até 15 anos; – a duração da reclusão criminal ou da detenção criminal será de no mínimo 10 anos. O artigo 131-3, com a redação dada pela Lei n. 297/2007, por sua vez, apresenta o rol das penas correcionais suscetíveis de imposição às pessoas físicas: prisão, multa, dias-multa, curso de civismo, trabalho de interesse geral, penas privativas restritivas ou restritivas de direitos previstas no artigo 131-6, penas acessórias previstas no artigo 131-10, e a reparação civil. O encarceramento será considerado uma pena correcional quando não ultrapassar 10 anos (art. 131-4). As condenações superiores de reclusão ou detenção serão consideradas como pena criminal. Portanto, caso o sucessor tenha sido condenado a 18 anos de reclusão pela prática de homicídio doloso ou lesão corporal seguida de morte, sua prisão será considerada uma pena criminal e, desse modo, será ele excluído automaticamente da transmissão causa mortis. Na eventualidade de a condenação ter sido fixada em 8 anos, a pena será correcional e, consequentemente, deverá ser ajuizada ação civil para que seja efetivado o afastamento da sucessão hereditária por indignidade”.

¹⁰² JUSTO, Antonio dos Santos. A influência do direito português na formação do direito brasileiro. **Revista Jurídica da FA7**, 5(1), 2008, p. 197-242.

Quanto a isso, inclusive, Menezes Cordeiro coloca que a codificação portuguesa chegou a incluir a tradução literal de artigos franceses, adotando-lhe também o estilo¹⁰³.

E sobre a influência alemã, posterior à assimilação das nuances francesas, toma-se nota do já mencionado professor Otávio Luiz Rodrigues Júnior:

em Portugal, a “germanização” do Direito Civil também ocorreu e de modo muito mais intenso que no Brasil, no final do século XIX e início do século XX. Em larga medida, essa viragem histórica deveu-se aos ofícios de um professor da Universidade Coimbra, Guilherme Alves Moreira (1861-1922). A obra de Guilherme Alves Moreira e, mais que isso, sua docência universitária foram determinantes para a transformação do Direito Civil português, até então sob forte preeminente influência do Code Napoléon de 1804. O Código do Visconde de Seabra, em vigor de 1867 até 1966, era notoriamente obsequioso ao modelo francês, quanto à forma jurídica, o que se denota por sua estrutura (...). Guilherme Alves Moreira, ao publicar as Instituições, de modo deliberado, estruturou a matéria em conformidade com o modelo pandectista (sujeito, bens e relações jurídicas) e procedeu à elegante crítica da legislação em vigor. A modificação operada, graças a Alves Moreira, foi de tal profundidade que as novas gerações de civilistas portugueses seguiram seus passos e abandonaram tanto o método quanto os padrões da Escola Francesa. O culminar desse processo deu-se em 1966, com a edição do novo Código Civil português, em vigor desde 1967, conhecido como Código Vaz Serra ou, como preferem outros, Código Antunes Varela, em homenagem a seus principais elaboradores. Essa nova lei é tão marcadamente vinculada ao projeto dogmático germanista que ela se torna “incompreensível se não se atinar num fenómeno da maior importância” que foi a “recepção da doutrina alemã”, também conhecido como a “terceira sistemática”.

Porém, a legislação lusitana, em comparação ao BGB, tomou rumo completamente diferente para tratar de indignidade sucessória e assuntos afetos. O código português de 1967 atualmente disciplina o instituto nos arts. 2.034 a 2.036:

Art. 2.034 (Incapacidade por indignidade)

Carecem de capacidade sucessória, por motivo de indignidade:

- a) O condenado como autor ou cúmplice de homicídio doloso, ainda que não consumado, contra o autor da sucessão ou contra o seu cônjuge, descendente, ascendente, adoptante ou adoptado;
- b) O condenado por denúncia caluniosa ou falso testemunho contra as mesmas pessoas, relativamente a crime a que corresponda pena de prisão superior a dois anos, qualquer que seja a sua natureza;
- c) O que por meio de dolo ou coacção induziu o autor da sucessão a fazer, revogar ou modificar o testamento, ou disso o impediu;
- d) O que dolosamente subtraiu, ocultou, inutilizou, falsificou ou suprimiu o testamento, antes ou depois da morte do autor da sucessão, ou se aproveitou de algum desses factos.

Art. 2.035 (Momento da condenação e do crime)

- 1. A condenação a que se referem as alíneas a) e b) do artigo anterior pode ser posterior à abertura da sucessão, mas só o crime anterior releva para o efeito.

¹⁰³ MENEZES CORDEIRO, António. **Da modernização do direito civil: aspectos gerais**. Braga: Almedina, 2004, *apud* NETO, Eugênio Facchini. *Code civil français...* obra citada, p. 79.

2. Estando dependente de condição suspensiva a instituição de herdeiro ou a nomeação de legatário, é relevante o crime cometido até à verificação da condição.

Art. 2036 (Declaração de indignidade)

1. A ação destinada a obter a declaração de indignidade pode ser intentada dentro do prazo de dois anos a contar da abertura da sucessão, ou dentro de um ano a contar, quer da condenação pelos crimes que a determinam, quer do conhecimento das causas de indignidade previstas nas alíneas c) e d) do artigo 2034.º.

2. Caso o único herdeiro seja o sucessor afetado pela indignidade, incumbe ao Ministério Público intentar a ação prevista no número anterior.

3. Caso a indignidade sucessória não tenha sido declarada na sentença penal, a condenação a que se refere a alínea a) do artigo 2034.º é obrigatoriamente comunicada ao Ministério Público para efeitos do disposto no número anterior.

Nota-se, da breve leitura dos dispositivos, que o primeiro aspecto diferente do diploma português é que a indignidade sucessória é mencionada como forma de incapacidade, não ilegitimidade, não de simples exclusão sucessória. Tal posição é criticada pela doutrina da própria nação, que entende a ilegitimidade como figura adequada para referir à forma de exclusão do herdeiro – expoente desta crítica é o professor José de Oliveira Ascensão¹⁰⁴.

Segundo Paulo Lobo, “*tal orientação se coaduna com a distinção existente no direito português entre designação, chamamento e aceitação da herança. Nesse contexto, as indignidades lato sensu impediriam o chamamento desses sucessores e, com isso, a própria transmissão sucessória*”¹⁰⁵. Nesse sentido, seguindo o modelo romano, o direito português estabelece que o início da transmissão hereditária corresponde ao chamamento dos herdeiros, com seu posterior aceite¹⁰⁶.

Nas lições de Minozzo Poletto, menciona-se ainda que a crítica à escolha lusitana pela incapacidade por indignidade se assenta sob a incoerência da necessidade de declaração judicial para declarar a condição de incapaz, que deveria operar de pleno direito. Antonio dos Santos

¹⁰⁴ ASCENSÃO, José de Oliveira. **Direito Civil – Sucessões**. 4ª edição, Coimbra: Editora Coimbra, 1989, p. 157. Ainda, Renata Raupp Gomes, por ocasião de seu estudo sobre a fundamentalidade do direito à herança, pontua sobre a natureza da indignidade e da deserdação: “Caso o tratamento fosse o de incapacidade ou, como prefere Ascensão (1989), de ilegitimidade, as descendências desses sucessores jamais teriam direito de representação na sucessão em curso. Até poderiam chegar a herdar por direito próprio ou por cabeça se o excluído fosse o único de seu grau ou se todos os descendentes do mesmo grau renunciassem à herança. Então, de certo modo, a postura individual do herdeiro excluído potencialmente prejudicaria toda a sua estirpe” (GOMES, Renata Raupp. Entre a fundamentalidade dos direitos à herança, à propriedade e a concretização do paradigma familiar constitucional: a função social da legítima no direito brasileiro, 2019. Tese (Doutorado em Direito). Centro de Ciências jurídicas. Universidade Federal de Santa Catarina).

¹⁰⁵ LOBO, PAULO. Direito constitucional à herança, saisine e liberdade de testar. **Anais do IX Congresso Brasileiro de Direito de Família: Pluralidade e Felicidade**, 2013, p. 35-46.

¹⁰⁶ Conforme art. 2.024 do Código Civil Português, que dispõe: “*Diz-se sucessão o chamamento de uma ou mais pessoas à titularidade das relações jurídicas patrimoniais de uma pessoa falecida e a consequente devolução dos bens que a esta pertenciam*”.

Justo igualmente reflete que “*Se olharmos para o pressuposto, alcance, finalidade e regime jurídico da incapacidade em geral, seremos tentados a recusar à indignidade a natureza de incapacidade*”¹⁰⁷.

Mencionando Capelo de Souza e Ascensão, destaca-se que “*quando o indigno não estiver com o patrimônio hereditário em seu poder, não será necessária nenhuma iniciativa pelos demais sucessores, visto que a indignidade atua automaticamente*”. Por essa via, a ação declaratória só seria imprescindível se o indigno estiver na posse dos bens ou tiver se legitimado em inventário, o que criaria uma “aparência de sucessão”¹⁰⁸.

O rol de cabimento da indignidade no direito lusitano se aproxima do brasileiro por ser mais exíguo, diferindo do Código Civil de 2002 em apenas dois aspectos: a necessidade de condenação criminal prévia relacionada aos crimes das alíneas a e b do art. 2.034, e, sobretudo, a existência de dois termos iniciais distintos para o prazo estabelecido ao ajuizamento da ação declaratória de indignidade.

Eduardo de Oliveira Leite assim colocou, quando da análise deste dispositivo em comparação às disposições brasileiras:

Melhor a fórmula empregada pelo legislador português, que, no art. 2.036, fixa dois prazos distintos para a instauração da ação (...). É que as causas da indignidade podem ser ou não do conhecimento dos demais herdeiros, assim como a condenação pelos crimes que a determinam pode ser bem posterior à abertura da sucessão. Por isso, a fixação, no direito português, de dois prazos distintos para a instauração da ação, sendo um deles desdobrado em duas variantes, uma das quais (que tem por base os fatos de mais fácil ocultação: os previstos nas alíneas c e d do art. 2.034) dotada da flexibilidade necessária para se adaptar à peculiaridade das suas circunstâncias¹⁰⁹.

Citando Pires de Lima e Antunes Varela, o mesmo autor destaca:

Essa dualidade de prazos deve ser interpretada e aplicada sempre no sentido mais favorável aos interessados com a legitimidade para instaurarem a ação de declaração de indignidade. Assim, imaginemos que o autor da sucessão morre em janeiro de 1994 e que o chamado como herdeiro legítimo vem a ser condenado só em outubro de 1996, pelo crime de homicídio frustrado que cometeu em dezembro de 1993 contra um descendente do de cujus. Se este descendente quiser entrar com a ação de declaração de indignidade só em janeiro ou fevereiro de 1997, estará em condições de fazê-lo, porquanto, apesar de ser instaurada mais de dois anos após a abertura da sucessão, a ação declaratória da indignidade foi proposta afinal antes de decorrido o ano posterior à condenação do chamado pelo crime cometido¹¹⁰.

¹⁰⁷ JUSTO, António dos Santos. A indignidade sucessória no Direito Romano. Reflexos no Direito Português. **Lusíada. Direito**, n. 15, 2017, p. 7-79.

¹⁰⁸ POLETTO, Obra citada, não paginada.

¹⁰⁹ LEITE, Eduardo de Oliveira. **Comentários ao Novo código Civil. Do Direito das Sucessões, volume XXI**, 5ª edição. Editora Forense, 2009, p. 206.

¹¹⁰ Idem, p. 206.

Recentemente, em 2014, pela edição da Lei nº 82, houve alteração do Código Penal Português, para incluir o art. 69-A:

Artigo 69 – A - Declaração de indignidade sucessória

A sentença que condenar autor ou cúmplice de crime de homicídio doloso, ainda que não consumado, contra o autor da sucessão ou contra o seu cônjuge, descendente, ascendente, adotante ou adotado, pode declarar a indignidade sucessória do condenado, nos termos e para os efeitos previstos na alínea a) do artigo 2034.º e no artigo 2037.º do Código Civil, sem prejuízo do disposto no artigo 2036.º do mesmo Código

Rememora-se que há projeto de lei apresentado à casa legislativa brasileira que propõe a mesma modificação no Código Penal, incluindo-se a declaração de indignidade como efeito da sentença penal condenatória. No próximo capítulo e nas notas conclusivas deste estudo será melhor abordada tal possibilidade.

5.4 Demais sistemas jurídicos

Cabe nota a outros sistemas jurídicos que abordam a indignidade sucessória de forma diferenciada. Tratam-se do sistema belga e argentino.

Quanto ao sistema belga, ocupa-se de falar tão somente do art. 727 do Código Civil¹¹¹:

Arte. 727.

§1. É indigno de suceder e, como tal, é excluído da sucessão:

1º aquele que for considerado culpado de ter, como autor, co-autor ou cúmplice, cometido contra o falecido ato levou à sua morte, a que se referem os artigos 376, 393 a 397, 401, 404 e 409, §4º, do Código Penal, bem como a pessoa culpada pela tentativa de prática de tais atos;

2º aquele que for declarado indigno por ter cometido ou tentado cometer o ato referido no 1º, mas que, por ter falecido, não tenha sido condenado por esse ato;

3º aquele que for declarado indigno por ter sido considerado culpado de ter cometido, como autor, co-autor ou cúmplice, contra o falecido o ato a que se referem os artigos 375, 398 a 400, 402, 403, 405, 409, §§ 1 a 3 e 5, e 422bis do Código Penal.

§2. A indignidade a que se refere o §1, 1º, é uma sanção civil que produz efeitos pelo simples fato de o sucessor ter sido declarado culpado.

A indignidade a que se refere o §1, 2º, é uma sanção civil, proferida pelo tribunal a pedido do Ministério Público.

A indignidade a que se refere o §1, 3º, é uma sanção civil, que pode ser pronunciada pelo juiz criminal que reconhecer o sucessor como culpado de ter cometido um dos atos nele mencionados. O juiz criminal também pode pronunciar esta sanção civil em relação àquele que ele considerou culpado de ter tentado cometer tal ato.

¹¹¹ Tal como as demais notas de rodapé, a tradução do dispositivo em francês foi direta para o português.

Sobre o sistema argentino, chama atenção o extenso rol das causas que ensejam a indignidade sucessória, que vão do art. 3291 ao 3296 bis¹¹², e o rigor do tratamento àqueles que não praticaram quaisquer das condutas elencadas, mas se omitiram de sua denúncia:

Art. 3291- São incapazes de suceder como indignos, os condenados por crime ou tentativa de homicídio contra a pessoa cuja sucessão está em causa, ou a seu cônjuge, ou contra seus descendentes, ou como cúmplice do autor direto do fato. Esta causa de indignidade não pode ser impedida, nem pela graça concedida ao criminoso, nem por prescrição da pena.

Art. 3292- Também é indigno de suceder o herdeiro mais velho maior de idade que tem conhecimento da morte violenta do autor da herança e não a reporta aos juízes dentro do prazo de um mês. Se os assassinos fossem ascendentes ou descendentes, marido ou esposa, ou irmãos do herdeiro, a obrigação de relatar cessará.

Art. 3293- Também o é aquele que voluntariamente acusou ou denunciou o falecido, por crime passível de pena de prisão, ou de serviço público por cinco anos ou mais.

Art. 3295- Também o é o familiar do falecido que, encontrando-se este demente e abandonado, não o recolheu ou procedeu a seu recolhimento em estabelecimento público.

Art. 3296- Aquele que impediu, pela força ou fraude, o falecido de fazer um testamento, ou revogou o que já fez, ou quem o roubou, ou quem obrigou o falecido a aquele testara.

Art. 3296 bis- É indigno suceder ao filho o pai ou a mãe que não o reconheceu voluntariamente enquanto menor, ou que não forneceu alimentação e assistência de acordo com sua condição e fortuna.

Sobre isso, Rolf Madaleno comenta:

O art. 2.281 do Código Civil argentino ampliou sensivelmente as causas de indignidade, que no Código Civil argentino revogado eram igualmente restritas como no Brasil. (...). Diferentemente do Direito brasileiro, outros sistemas jurídicos, embora mantenham um calendário fechado de causas de indignidade, adaptaram a nova realidade social e ampliaram o leque de motivos de indignidade que nem sempre implicam atos positivos realizado pelo indigno, senão que por vezes consistem, como sucede com relação ao direito argentino, em gestos e omissões ou abstenções. A inevitável conclusão diante do número restrito de causas de indignidade é que se trata, na atualidade, tal qual estão legalmente configurados, de institutos com muita pouca utilidade, justamente por deixarem de acolher condutas familiares altamente reprováveis, enquanto mantêm como herdeiros necessários descendentes, ascendentes e cônjuges que abandonam material e emocionalmente o autor da sucessão, sem que o legislador promova uma imperiosa reflexão e confira aos institutos jurídicos da indignidade e da deserdação uma interpretação mais justa e muito mais adaptada aos tempos atuais¹¹³.

¹¹² Excluiu-se o art. 3294, cuja redação é a seguinte: “*O condenado em julgamento por adultério com a esposa do falecido*”. Com a promulgação da lei nº 24.453, o adultério deixou de ser considerado crime. Assim, o referido dispositivo está revogado tacitamente.

¹¹³ MADALENO, Rolf. *Sucessão Legítima*...obra citada, p. 187-189.

A disposição sobre o prazo para ajuizamento da ação declaratória de indignidade é regida pelo art. 3298, que dispõe que a medida deve ser intentada dentro de 3 anos da abertura da transmissão hereditária, ou seja, “*posesión de la herencia o legado*” – também nisto difere da escolha pelo legislador brasileiro.

Do que se pode analisar neste capítulo, pode-se concluir preliminarmente que o tratamento da indignidade sucessória no direito estrangeiro é majoritariamente diferente do brasileiro, o que demonstra a possibilidade de nova adequação do instituto há muito estancado.

Vê-se que as reflexões trazidas se projetam sobre aspectos relacionados à necessidade de prévia condenação criminal, ao termo inicial e a extensão do prazo conferido para a ação civil (quando imprescindível) e sobre a possibilidade, por conseguinte, de tornar a declaração de indignidade um efeito direto da condenação criminal.

Nesse sentido, compreende-se que a escolha feita pelos sistemas alemão, ao iniciar a fluência do prazo com o conhecimento do fato, e pelos sistemas francês e português, que estabelecem prazos conforme a existência ou não de decisão criminal servem bem ao propósito da indignidade sucessória e refletem tratamentos plenamente razoáveis juridicamente.

Passa-se ao estudo ao reflexo constitucional da indignidade no direito sucessório brasileiro, que responderá, ao menos em parte, as inquietações trazidas pelo breve estudo do direito comparado.

CAPÍTULO VI – DIREITO CONSTITUCIONAL: GARANTIAS FUNDAMENTAIS, PONDERAÇÃO E PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA

As razões por que se reservou ao último capítulo o aspecto constitucional da indignidade sucessória repousa sobre o recorte metodológico da centralidade da temática. O presente estudo visa precipuamente a escrutinar o instituto sucessório em seu âmbito civil, que lhe é próprio, e, nesse sentido, entende-se que a identificação do problema e as soluções até então propostas nesta seara são suficientes a este objetivo.

Todavia, pretende-se uma leitura mais atenta a todas as nuances que o instituto, complexo que é, pode apresentar. O alcance constitucional, nessa observação, afigura-se demasiadamente relevante, ainda mais diante da fase por que passa o sistema jurídico brasileiro, permeado diretamente por escolhas políticas e pela insegurança jurídica daí decorrente. Temas como a *presunção de inocência* ou de *não-culpabilidade* são constantemente revisitados e questionados, o que torna inafastável seus respingos nas questões relacionadas à condenação penal ou a temas afetos, como o presente.

Outrossim, diante de todo o exposto, vê-se que a indignidade sucessória, por si só, transcende naturalmente as paredes do direito privado, o que confere ao tema maior densidade, tornando-o ainda mais interessante. Ela nasce, em que pese como simples pecha de natureza civil, como resposta a violações morais, que hoje encontram expresso e direto respaldo na fonte constitucional.

Assim, esse transbordar ocorre devido a seu campo de incidência (ilícitos penais e civis), que já retira naturalmente do instituto a perspectiva exiguamente particular, e do direito que a exclusão do herdeiro frontalmente atinge: o *direito de herança*, agora garantido constitucionalmente no art. 5º, inciso XXX, da Carta Maior. Deste modo, somam-se ao estudo aprofundado da *indignitas* os seus aspectos constitucionais.

Torna-se necessário, então, analisar o que a garantia constitucional do direito de herança, como está redigida na Constituição Federal, compreende. Para tanto, parte-se da constitucionalização do direito civil para a compreensão do direito das sucessões na atual ordem constitucional, incluindo a análise da titularidade e a autonomia do direito de herança.

Em um segundo momento, será tratado da indignidade sucessória como forma de restrição do direito fundamental de herança, analisando, então, a eficácia civil ou horizontal de tais direitos. Por fim, será abordado o princípio da presunção de inocência, questão recentemente decidida pelo Supremo Tribunal Federal, e que pode suscitar dúvidas em relação

ao termo inicial do prazo atinente à demanda de exclusão do herdeiro que praticou a hipótese do inciso I do art. 1.815 do Código Civil (homicídio doloso).

6.1 Constitucionalização do direito civil

A constitucionalização do sistema jurídico brasileiro, como um todo, já foi demasiadamente debatida, inobstante hoje se encontre, de certa forma, pacificada doutrinária e jurisprudencialmente. Essa atual aquiescência deve-se à força e ao impacto do movimento global de compatibilização do ordenamento em relação aos princípios e valores consagrados na Constituição Federal.

O fenômeno se desenvolveu inicialmente na Europa do século XIX e, atualmente, parecem ser quase inconcebíveis as tentativas de relativização de sua influência, especialmente no direito privado. Em que pese se adira, em parte, à corrente crítica da constitucionalização¹¹⁴, fato é que a condição atual da ordem jurídica reclama uma análise que considere esse fator de imersão, quase que completa, do direito privado no paradigma constitucional vigente.

De acordo com Gustavo Tepedino, podem-se notar três fases do direito privado brasileiro, observáveis dentro de seu panorama histórico¹¹⁵.

Num momento inicial, a centralidade do primeiro Código Civil brasileiro (1916) era tão real que o *Codex* era considerado a própria constituição do direito privado, e trazia consigo os aspectos individualistas e patrimonialista, com vistas à estabilidade das normas (“regras do

¹¹⁴ Particularmente, o termo “direito civil-constitucional”, como mencionado pela doutrina crítica ao fenômeno da constitucionalização é, por si só, redundante. Parecem óbvios o valor e a relevância da Constituição em qualquer ordenamento jurídico. Desse modo, jamais se poderia adjetivar o direito civil com o vocábulo “constitucional” como se se tratasse da criação de um novo direito, ou de um apêndice. As relações reguladas pelo direito civil não mudaram de natureza, nem foram modificadas por valores e princípios desde sempre existentes numa sociedade. Deste modo, não se defende o recurso infinito e desarrazoado à Constituição em cada caso a ser analisado, mas acredita-se que o direito privado, por si só, dá conta de preencher lacunas por meio dos instrumentos que atualmente possui, como cláusulas gerais. O dever de observação social, pelo intérprete e aplicador do direito, sempre foi incentivado e, nessa linha, tem-se afinidade com as elucidações abordadas por Luciano Benetti Timm, quando do estudo sobre a posição de Natalino Irti, jurista italiano que protagonizou, de certa forma radicalmente, a crítica à constitucionalização (e descodificação) do direito privado. Finaliza o autor: “A conclusão é a que o Novo Código Civil está vivo e chegou em boa – ainda que alguns de seus princípios sejam discutíveis – ou seja, na era da privatização e da recodificação, poderá ele fornecer os guias para a manutenção da unidade própria do Direito Privado, mantendo intacta a história dos civilistas (ainda que sugerindo releituras e eventuais quebras paradigmas na regulação de alguns institutos). Seu grau de vagueza semântica poderá ensejar interpretações contemporâneas daqueles institutos que compõe a estrutura do sistema capitalista em constante evolução. Nesse sentido, propriedade, contratos e responsabilidade civil, na era da sociedade em redes e da globalização, deverão ser reconstruídos dogmaticamente a partir do sólido pilar da legislação civil e não apenas em cima de vagos princípios constitucionais que foram concebidos em um momento muito particular da história política brasileira”. (TIMM, Luciano Benetti. “Descodificação”, Constitucionalização e Reprivatização no Direito Privado: O Código Civil ainda é útil? *Revista de Direito Privado, RT*, São Paulo, v.27, p.223 - 251, 2006).

¹¹⁵ TEPEDINO, Gustavo. Premissas metodológicas para a constitucionalização do direito civil. *Revista de Direito do Estado*, Ano 1, 2006, p. 37-53.

jogo”). Veja-se que a indignidade sucessória já era prevista nesse primeiro diploma civilista (arts. 1.595 – 1.602), em razão de suas inspirações romanas.

Promulgado o Código, mesmo seguido do início do surgimento de leis extravagantes, a primazia do diploma não chegou a ser abalada, vindo a ser afetada apenas após os anos 30, quando, já destituídas de seu caráter de urgência ou excepcionalidade, as legislações especiais se multiplicaram e passaram a disciplinar as matérias eventualmente não albergadas pelo código civilista. Assim, notou-se uma crescente especialização do direito, relegando o âmbito civil à categoria de “direito comum”, com a perda de seu protagonismo no ordenamento.

A Constituição de 1934 foi pioneira ao introduzir uma concepção notoriamente mais assistencialista, instigando uma dogmática jurídica preocupada com o conteúdo e a finalidade da atuação do próprio sujeito de direito, a quem antes se conferia, sem grandes ressalvas, total liberdade e autonomia. Não à toa, a referida Carta inaugurou a função social da propriedade em seu art. 113:

(17) É garantido o direito de propriedade, que não poderá ser exercido contra o interesse social ou coletivo, na forma que a lei determinar. A desapropriação por necessidade ou utilidade pública far-se-á nos termos da lei, mediante prévia e justa indenização. Em caso de perigo iminente, como guerra ou comoção intestina, poderão as autoridades competentes usar da propriedade particular até onde o bem público o exija, ressalvado o direito à indenização *ulteri*.

Com o cenário das guerras mundiais e ascensão de movimentos pró-intervencionistas, ainda mais deveres sociais estabelecidos como limites à atividade econômica foram identificados na Constituição de 1946, como os restritivos da autonomia privada. Entrementes, nessas duas constituições mencionadas, a previsão da herança como direito foi inexistente, tendo sido mencionada 2 e 3 vezes, respectivamente, apenas em sua relação com os tributos concernentes à transmissão da propriedade.

De modo geral, observa-se que, paulatinamente, do direito civil foram deslocadas à constituição matérias que lhe eram próprias, sobretudo a organização familiar, atividade econômica e a função da propriedade. Nessa caminhada, a Constituição de 1988 foi o expoente do Estado Social, a subtrair para si, de forma definitiva, a lógica da imensa maioria dos institutos de direito privado. Com isso, conforme anota Norberto Bobbio¹¹⁶, o objetivo da norma passou a ser, principalmente, o de prever e coibir comportamentos indesejados (função promocional do direito).

¹¹⁶ BOBBIO, Norberto. **Dalla struttura alla funzione**, 1997, *apud* TEPEDINO, Gustavo. *Premissas...* obra citada, p. 43.

Esse é o contexto em que, consagrando a Constituição, pela primeira vez, o direito de herança como garantia, pretendeu o constituinte não apenas assegurar o direito subjetivo de suceder ou ser sucedido, mas colocar nas mãos do Estado o dever de implementá-lo e fiscalizá-lo, de modo a imiscuir-se em âmbito anteriormente reservado ao manejo pelo direito civil.

Entretanto, há de se reconhecer, como melhor será mencionado em seguida, que a abertura da previsão do direito de herança foi positiva, pois a Constituição, diferente de alguns outros institutos que passou a disciplinar, não tolheu por completo o protagonismo do direito privado em sua regulação e regulamentação, apenas a este informou o dever de funcionalização na aplicação das regras jurídicas de direito privado – mediante a eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas.

Como mencionado inicialmente, não há grandes espaços – pelo menos não neste trabalho, em que se discute tema distinto – para colocar em detalhada crítica a constitucionalização do direito privado. As lentes constitucionais e a perspectiva dos direitos fundamentais sobre as relações privadas são muito mais do que evidentes, o que justifica a necessidade de o trabalho incluir também esta premissa – inclusive porque a aplicação das regras civis do instituto da indignidade sucessória parece destoar, em parte, da lógica constitucional protetiva que tanto se defende atualmente.

6.2 O direito de herança na Constituição Federal de 1988

Apresentadas as notas iniciais sobre o movimento de constitucionalização, o raciocínio agora passa a ser inverso, identificando o modo como as sucessões e, mais ao fim, a indignidade sucessória, apresentam-se na racionalidade constitucional.

Como introduzido, o direito sucessório, corolário do direito de propriedade, foi expressamente previsto tão somente na Constituição de 1988, e assumiu ali o papel de direito fundamental de segunda geração, reservada aos direitos sociais e econômicos. Estes remontam seu nascimento ao século XX, após a Segunda Guerra Mundial, quando a atuação positiva do Estado foi maior reclamada em sua função protetiva e repressiva (Estado Social). Seus efeitos são chamados de *garantias institucionais*, pois a sua efetivação corresponde um dever de atuação e proibição de omissão por parte do Estado.

No contexto brasileiro, a inauguração desta garantia resultou de um atento acompanhamento das mudanças ocorridas na sociedade, principalmente em relação à concepção de família, que recebeu mais variáveis em sua composição, e de propriedade, cuja função social foi ainda mais aprofundada. Nessa medida, inclusive, em sendo a transmissão

causa mortis da propriedade, de certa forma, um meio de perpetuação da família, encontrou o legislador sentido em prever o direito de âmbito particular como garantia constitucional.

Todavia, a eventual visão de que o direito à herança se confundiria com o estabelecido para a propriedade privada (art. 5º, inciso XXII), é equivocada, embora estes se impliquem em afinidade. Trata-se de direito autônomo, pois possui âmbito de proteção (elemento de suporte fático de direito fundamental¹¹⁷) distinto. Renata Raupp Gomes, em minucioso estudo sobre a fundamentalidade do direito à herança, explica justamente essa questão:

crê-se que a constitucionalização do direito à herança dá pistas suficientes de algo novo a ser explorado no universo dos direitos fundamentais, que não se confunde com as normas relativas à propriedade ou à família, não obstante com elas tenha íntima afinidade. (...). Isso porque o direito fundamental à propriedade privada assegura, ao menos *prima facie*, o exercício de todas as faculdades decorrentes do status jurídico de proprietário, como as concebe o direito civil - usar, usufruir, dispor e perseguir o bem de quem injustamente o possua. Nessa senda, um “novo” direito fundamental positivado tão somente para assegurar a transmissibilidade da propriedade privada via sucessória não agregaria nada de diferente ao âmbito de proteção do referido direito. (...) somente seria justificável associar o direito fundamental à herança como um complemento ao direito de propriedade – uma garantia adicional à sua eficácia – partindo-se de um direito definitivo de propriedade, com conteúdo previamente limitado e contornos rígidos, obviamente insuficientes para responder às complexidades da vida concretamente considerada. (...). Feitas as considerações necessárias, pode-se afirmar que a garantia da propriedade privada contém em seu âmbito de proteção o direito subjetivo do proprietário de ter seu patrimônio transmitido depois de sua morte aos seus herdeiros legítimos, testamentários e/ou legatários. Sendo assim, o direito fundamental à herança não pode significar a mesma coisa, sob a pena de um movimento circular sem fim. Propõe-se, então, encarar as

¹¹⁷ Ainda que este aspecto não seja profundamente estudado no presente trabalho, convém a explicação de que o termo *suporte fático* aqui empregado, embora se equivalha em significado inicial ao *suporte fático* estudado no Capítulo III (fatos que suportam a norma, atraindo sua incidência), difere, em certa medida, quando de sua aplicação constitucional, de construção doutrinária bem mais recente. O marco teórico que aprofunda a ideia é Virgílio Afonso da Silva, que assim elucida: “Ao contrário do que ocorre em outros ramos do direito, sobretudo no direito penal, a definição do que seja suporte fático a partir da redação dos dispositivos constitucionais que garantem direitos fundamentais é algo bastante contra-intuitivo. (...). Quatro perguntas são aqui necessárias: (1) o que é protegido? (2) contra o quê? (3) qual é a consequência jurídica que poderá ocorrer? (4) o que é necessário ocorrer para que a consequência possa também ocorrer? Ao contrário do que se poderia imaginar, a resposta que define o suporte fático não é apenas a resposta à primeira pergunta. Quando se fala, portanto, que “todos são iguais perante a lei”, não é a definição do que é protegido - a igualdade - suficiente para se definir o suporte fático. Aquilo que é protegido é apenas uma parte - com certeza a mais importante - do suporte fático. Essa parte costuma ser chamada de âmbito de proteção do direito fundamental. Mas, para a configuração do suporte fático é necessário um segundo elemento - e aqui entra a parte contra-intuitiva: a intervenção estatal. Tanto aquilo que é protegido (âmbito de proteção), como aquilo contra o qual é protegido (intervenção, em geral estatal) fazem parte do suporte fático dos direitos fundamentais. Isso porque a consequência jurídica - em geral a exigência de cessação de uma intervenção - somente pode ocorrer se houver uma intervenção nesse âmbito. (...). Ora, se suporte fático são os elementos que, quando preenchidos, dão ensejo à realização do preceito da norma de direito fundamental, é facilmente perceptível que não basta a ocorrência desses dois elementos para que a consequência jurídica de um direito de liberdade seja acionada. É ainda necessário que não haja fundamentação constitucional (não-FC) para a intervenção. Se houver fundamentação constitucional para a intervenção, estar-se-á diante não de uma violação, mas de uma restrição constitucional ao direito fundamental, o que impede a ativação da consequência jurídica (declaração de inconstitucionalidade e retorno ao status quo ante). Por isso, parece-me mais correto definir o suporte fático não apenas como a soma do âmbito de proteção e da intervenção estatal, mas incluir nesse conceito a ausência de fundamentação constitucional”. (DA SILVA, Virgílio Afonso. **O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais**. Revista de Direito do Estado, v. 4, p. 23-51, 2006).

mútuas implicações do direito à propriedade e da garantia da sucessão sob a seguinte perspectiva: admitido o instituto da propriedade privada e a diversidade de posições jurídicas por ela abrangidas, seria ilógico o Estado apropriar-se desse patrimônio com a morte do seu titular para, em seguida, distribuir novamente na sociedade, ensejando, assim, extrema instabilidade às relações patrimoniais. Doutro lado, como bem anota Ascensão (1989, p.25), o fenômeno sucessório responde a aspirações pessoais relevantíssimas do titular de um patrimônio jurídico, dando-lhe a sensação de que sua obra terá continuidade, na forma quase que de uma persistência de sua personalidade – uma imortalidade – sendo que a prerrogativa de “[...] marcar ou dominar o destino desses bens aparece como um poderoso estímulo da actividade individual¹¹⁸”.

Nesse mesmo contexto, cumpre discorrer sobre a titularidade do direito constitucional de herança, a fim de que melhor se afigure o direito de exclusão.

Há quem entenda tratar-se de direito com um único titular, o herdeiro. Corrente de maior razão, porém, entende-se ser a que identifica sua dupla titularidade, composta tanto pelo sucedido quanto pelos sucessores. A divisão doutrinária se dá em razão de critérios específicos que fundamentam uma e outra orientação.

Quanto à primeira visão, pode-se mencionar que a sucessão forçada (*legítima*) seria incompatível com a titularidade do *de cujus*, assim como a inclusão da sucessão *causa mortis* no direito de propriedade do falecido afastaria o direito de herança como autônomo; e, também, devido à *saisine*, só existiria herança com a abertura da sucessão, não podendo o *de cujus* assumir-se titular após sua morte¹¹⁹.

O caráter ambivalente do direito de herança, em contrapartida, encontra respaldo em algumas em respostas pertinentes e um tanto razoáveis: a legítima, tal como parte da herança obrigatoriamente sucedida, poderia afigurar-se como uma limitação ao direito fundamental de herança relacionada ao *de cujus*, retirando-lhe a plena liberdade de testar; a transmissão *causa mortis* possui fundamento próprio, não se incluindo como mero aspecto da disposição patrimonial *inter vivos* (um dos poderes do direito de propriedade). Esta segunda observação ganha força nas razões acima, que já atestaram a autonomia do direito de herança em relação à propriedade.

Por fim, talvez o fator que mais torne saliente a ambivalência do direito constitucional analisado seja a possibilidade de manejo, pelo *de cujus*, ainda em vida, da propriedade a compor o acervo hereditário. A questão é de sensível visualização prática: o planejamento sucessório,

¹¹⁸ GOMES, Renata Raupp. Entre a fundamentalidade dos direitos à herança, à propriedade e a concretização do paradigma familiar constitucional: a função social da legítima no direito brasileiro, 2019. Tese (Doutorado em Direito). Centro de Ciências jurídicas. Universidade Federal de Santa Catarina. Disponível em: <<https://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/211585/PDPC1447-T.pdf?sequence=-1&isAllowed=y>> acesso em out/2020.

¹¹⁹ RIBEIRO, Raphael Rego Borges. O Direito Fundamental de Testar. **Revista de Direito de Família e Sucessão**, v. 6, n. 1, p. 75-96, 2020.

como mencionado na introdução deste trabalho, está na ordem do dia, e compreende um conjunto de medidas previamente adotadas por uma pessoa para organizar sua própria sucessão hereditária, previamente a sua morte¹²⁰. Assim, é o mais robusto exemplo da titularidade do *de cuius* sobre a garantia fundamental em comento.

Poderia se mencionar, também, a permissão legislativa da partilha em vida (art. 2.018 do Código Civil¹²¹), a própria previsão de causas concernentes à indignidade e à deserção, e, até mesmo, o pacto antenupcial e o contrato de convivência, estes últimos em razão da notória preocupação do Código Civil de 2002 com o cônjuge supérstite.

Compreendida a autonomia e as titularidades do direito de herança, passa-se ao estudo de sua estrutura, própria de direito fundamental.

6.3 Eficácia civil dos direitos fundamentais no âmbito da indignidade sucessória

Os direitos fundamentais estão atualmente albergados por vasta literatura, sendo este o tema protagonista do estudo do direito constitucional em geral. Por essa razão, para que mais bem se compreenda sua eficácia horizontal, será preciso primeiramente identificar sua estrutura e, então, o modo como aplicação e restrição acontecem no instituto sucessório em análise.

O texto constitucional, ao estabelecer como garantido o *direito de herança*, traz uma previsão genérica e abstrata, sem delimitar seu objeto e alcance, o que evidencia seu caráter de norma-princípio, ou seja, sem garantir respectivos direitos e deveres definitivos (regras).

Conforme teorizado por Robert Alexy, constituem-se os princípios em mandamentos de otimização que, de acordo com cada caso, podem comportar níveis distintos de satisfação –

¹²⁰ A medida é extremamente eficaz em sua tentativa de restringir conflitos familiares e manter a harmonia entre os herdeiros. O professor Rolf Madaleno assim coloca: “Entre estes caminhos tradicionais de planificação patrimonial voltada ao planejamento sucessório podem ser utilizados diversos recursos que se complementam e auxiliam no caminho mais adequado para a sucessão patrimonial de uma pessoa. Instrumentos de maior ou de menor utilidade, mas que, em seu conjunto, se constituem nas úteis ferramentas de construção da planificação patrimonial, que, por sua vez, e na sua medida permite prever até onde é possível, saber quem, quando e com quais propósitos irá utilizar os bens depois da morte do seu titular. Alguns dos pressupostos utilizados para resguardar o cumprimento de um planejamento sucessório projetado para depois da morte de uma pessoa podem ser identificados nas figuras da sucessão no casamento, e na união estável; nas doações interconjugais feitas em razão das núpcias; ou na doação com cláusula de reversão; na doação com reserva de usufruto; no pacto antenupcial; nos regimes de bens; na alteração do regime de bens; nos contratos de união estável; no bem de família; nos planos de previdência privada; no seguro de vida por morte; no testamento; na deliberação sobre a partilha; na partilha em vida; no adiantamento da legítima e a colação; no direito real de habitação; no trust; no fideicomisso; na sucessão da pessoa jurídica, em especial por meio da formação de empresas holdings. Cada um destes mecanismos contribuiu no conjunto, ou individualmente, na construção do planejamento sucessório” (MADALENO, Rolf. Planejamento sucessório. **Revista IBDFAM: Famílias e Sucessões**, 2014).

¹²¹ Art. 2.018, CC. É válida a partilha feita por ascendente, por ato entre vivos ou de última vontade, contanto que não prejudique a legítima dos herdeiros necessários.

conforme possibilidades fáticas e jurídicas contabilizadas¹²². A possibilidade de restrição de um direito fundamental, por conseguinte, é admitida, o que se autoriza pela adoção da teoria do suporte fático¹²³ *amplo* dos direitos fundamentais. Explica-se.

Existem duas teorias constitucionais que discorrem sobre a definição do conteúdo protetivo dos direitos ditos fundamentais: a do suporte fático *restrito*, pela qual ocorreria uma exclusão prévia, do âmbito de proteção do direito, *de ações, estados ou posições jurídicas*, de modo que inexistiria restrição ao direito fundamental, posto que a eventual circunstância concreta analisada sequer seria agasalhada pela norma constitucional; diferentemente, a teoria do suporte fático *amplo* admite a possibilidade de restrição do direitos, pois inclui em sua proteção *a priori (prima facie)* todas as variáveis concernentes ao âmbito temático do direito fundamental, que, após sopesamento, poderão importar em eventual limitação.

Virgílio Afonso da Silva, com didática brilhante, melhor exemplifica:

quando o Min. Celso de Mello afirma, no HC 70.814, que "a cláusula tutelar da inviolabilidade do sigilo epistolar não pode constituir instrumento de salvaguarda de práticas ilícitas", ou quando o Min. Mauricio Corrêa sustenta, no HC 82.424, que "um direito individual não pode servir de salvaguarda de práticas ilícitas, tal como ocorre, por exemplo, com os delitos contra a honra", essas são exclusões de condutas a priori do âmbito de proteção de alguns direitos fundamentais (sigilo de correspondência - art. 5º, XII e liberdade de expressão - art. 5º, IV). (...). Quando o Min. Sepúlveda Pertence afirma que o sigilo bancário não é garantido pela "intimidade protegida no inciso X do art. 5º da Constituição Federal", está ele, da mesma forma que ocorre nos exemplos do parágrafo anterior, excluindo de antemão uma conduta, um estado ou uma posição jurídica do âmbito de proteção de um direito fundamental. (...). Em todos os casos acima mencionados - e em todas as formas de argumentação que pressuponham um **suporte fático restrito** - não há que se falar em restrição a direitos fundamentais e, sobretudo, não há espaço para se falar em sopesamento entre princípios. (...): a definição do suporte restrito é, em geral, a própria definição daquilo que é definitivamente protegido; no segundo caso - **suporte amplo** - definir o que é protegido é apenas um primeiro passo, já que condutas ou situações abarcadas pelo âmbito de proteção de um direito fundamental ainda dependerão eventualmente de um sopesamento em situações concretas antes de se decidir pela proteção definitiva ou não. É por isso que a pergunta sobre "o que faz parte do âmbito de proteção de um determinado direito fundamental" tem consequências menos drásticas aqui e poderia ser substituída pela pergunta "o que é protegido *prima facie* por esse direito?". Também a resposta individualizada à mesma questão - o que é protegido *prima facie*? - segue o mesmo caráter aberto. Exemplo: o que é protegido pelo direito à livre manifestação de pensamento (Constituição, art. 5º, IV)? Toda e qualquer manifestação de pensamento, não importa o conteúdo (ofensivo ou não), não importa a forma, não importa o local, não importa o dia e o horário. O mesmo vale para todos os direitos fundamentais. (...). É claro que a primeira reação a essa idéia poderia ser: "então estamos diante de direitos absolutos?". A resposta é - e só poderia ser - "não". A razão é simples. (...) a definição do âmbito de proteção é apenas a definição daquilo que é protegido *prima facie*, ou seja, de algo que poderá sofrer restrições posteriores. (...). A definição [de suporte fático] sustentava que, para toda ação, estado ou posição jurídica x, que seja abarcada pelo âmbito de proteção de um direito fundamental, e que tenha sofrido uma intervenção estatal não fundamentada constitucionalmente,

¹²² Conforme DA SILVA, Virgílio Afonso. *O conteúdo essencial...* obra citada, p. 24.

¹²³ Acerca do termo utilizado, vide nota de rodapé 76.

deverá ocorrer a consequência jurídica desse direito atingido que, em geral, é a exigência da cessação da intervenção. Ocorre que é perfeitamente possível que haja, ao mesmo tempo, uma intervenção estatal em um direito fundamental e uma fundamentação para essa intervenção. Nesses casos, fala-se em intervenção estatal fundamentada. Quando isso ocorre, não se está diante de uma violação a um direito fundamental, mas diante de uma restrição. Essa formalização ilustra bem, portanto, o caráter não-absoluto dos direitos fundamentais e a centralidade do exame da fundamentação das restrições para a dogmática dos direitos fundamentais e para a decisão final acerca de sua constitucionalidade (restrição permitida) ou inconstitucionalidade (violação)¹²⁴. (Destacou-se)

Nesta esteira, facilmente se percebe que a indignidade sucessória, tal como a deserdação, constitui-se em limitação ou restrição direta ao direito fundamental de herança, sem que haja, diante disso, qualquer inconstitucionalidade. Pode-se afirmar com tranquilidade essa legalidade pois os institutos de exclusão sucessória são, por si só, instrumentalizadores de outras garantias e direitos fundamentais – o que representa, por *sopesamento*, conforme teoria do suporte fático amplo – um equilíbrio eficaz entre as pretensões constitucionais.

Não à toa, vê-se que quando ocorrida a *saisine*, o direito constitucional de herança nasce *per se*, e com ele a vocação hereditária, de modo que o *direito em si*¹²⁵ resta protegido. Assim permanece até que se materialize a indignidade sucessória como restrição direta, mediante colisão, no caso concreto, do direito de herança com outros princípios ou garantias constitucionais – assim, reveste-se de eficácia a norma infraconstitucional de exclusão do herdeiro.

Nesse sentido, Poletto expõe que a privação hereditária, ocorrida por causa de indignidade ou deserdação, instrumentaliza e materializa o princípio da dignidade humana (intangibilidade da vida, no caso, do *de cuius*), da qual advém, conforme Antônio Junqueira de Azevedo, a consequência direta de *exigência ao respeito à integridade física e psíquica (condições existenciais)*¹²⁶.

Porém, não seria possível resumir a questão apenas à afronta à dignidade humana, já demasiadamente aberta – inclui-se, também, os direitos fundamentais atinentes à vida, liberdade e honra, diretamente violados pela prática de quaisquer dos incisos do art. 1.814 do Código Civil. E não só isso. Há de se mencionar o próprio *direito de herança* dos outros sucessores que não o indigno, cuja esfera patrimonial é indiretamente fragilizada pelo surgimento da real possibilidade de demandar a exclusão do herdeiro.

O raciocínio é aprofundado por Raupp Gomes:

¹²⁴ DA SILVA, Virgílio Afonso. *O conteúdo essencial...* obra citada, p. 32-35.

¹²⁵ Idem, p. 38.

¹²⁶ POLETO. Carlos Eduardo Minozzo. **Indignidade Sucessória e Deserdação**. Editora Saraiva: São Paulo, 2013 Edição do Kindle, não paginado.

Atentando-se à máxima adequação, deve-se buscar na exclusão do direito hereditário do indigno ou do deserdado, como medida restritiva do direito fundamental à herança, o resultado pretendido, em uma relação meio-fim. Sob esse ponto de vista, tem-se que a medida é idônea para atender ao fim constitucionalmente legítimo de priorizar a dignidade do autor da herança, violada pelo sucessor excluído. Cumpre acrescentar que todas as condutas determinantes da exclusão de sucessor inserem-se no campo da dignidade e dos direitos de personalidade do sucedido. Referem-se à integridade física, moral ou intelectual do autor da herança, revelando-se como posturas que aviltam o dever de respeito à dignidade da pessoa sucedida (...). Confirmando a tese de Alexy (2011), as considerações de cunho existencial que convergem na tutela da dignidade da pessoa humana têm uma precedência abstrata em relação ao direito à herança. Ainda, no jogo das razões e contrarrazões, não há nada que justifique a precedência concreta do direito hereditário de quem ofende a dignidade do sucedido, fato que apenas confirma a prevalência da dignidade sobre a herança de modo a evidenciar o caráter de autêntica restrição às regras de indignidade e deserdação. Ainda, em consideração ao caráter forte da restrição representada pela total exclusão do herdeiro ou legatário, aniquilando-se a garantia sucessória jusfundamental, tem-se como o único meio de realizar plenamente na ordem jurídica o fim buscado pela proteção da dignidade da pessoa humana. Desde esse ponto de vista, as regras examinadas são proporcionais, na medida em que a supressão do direito à herança, nos casos de indignidade e deserdação, satisfaz plenamente a regra da dignidade¹²⁷.

Conforme os ensinamentos de Virgílio Afonso da Silva sobre elemento do suporte fático, é possível concluir que os institutos sucessórios civis mencionados representam uma intervenção estatal fundamentada, a evidenciar a total constitucionalidade da exclusão do herdeiro (incluindo aqui, é claro, os legatários e interessados).

Destarte, pode-se falar que a indignidade sucessória manifesta, atualmente, a eficácia indireta ou mediata dos direitos fundamentais, ante a existência de mediação legislativa (regras do Código Civil) que sopesa, autonomamente, os princípios constitucionais alhures destacados. Nesse sentido:

Sempre na esteira do modelo de Virgílio Afonso da Silva, haverá eficácia mediata ou indireta quando existir mediação legislativa, ou seja, quando o legislador infraconstitucional, exercendo sua competência legislativa, houver fixado regras específicas para a solução de determinado conflito entre direitos fundamentais. Em tese, seria essa a situação das normas do Código Civil referentes à indignidade sucessória e à deserdação. A influência e a aplicação dos direitos fundamentais nas relações privadas irradiariam, inicialmente, sobre o legislador, obrigando-o a conformar as referidas relações hereditárias segundo os princípios positivados nas disposições constitucionais (ou mesmo diante do resultado de colisões entre direitos fundamentais, como nos parecer ser a hipótese), e, continuamente, sobre o aplicador, obrigando-o à reinterpretção do direito privado posto. (...). (POLETTTO, 2013).

É de se ressaltar, porém, que o instituto de exclusão do herdeiro por indignidade já era previsto muito antes da severa constitucionalização do direito civil brasileiro, de modo que

¹²⁷ GOMES, Renata Raupp.

aparenta um pouco exagerado alegar, por si só, que a referida disciplina adveio de uma obrigação de conformação das relações hereditárias com os princípios positivados constitucionalmente.

À época da promulgação do Código Civil de 1916, vigia a Constituição Republicana de 1891, que cuidava principalmente da organização estatal e judiciária e mencionava rapidamente a inviolabilidade da “*liberdade, segurança individual e propriedade*”¹²⁸. Apesar da importância de tal diploma constitucional à época – o que não se questiona –, não é inadequado pontuar que a então constituição do direito privado, do *direito das gentes*, foi de inquestionável eficácia e positiva autonomia em suas próprias percepções sociais.

6.4 Princípio da presunção de inocência e o prazo para ajuizamento da ação declaratória de indignidade

Reconhecida a importância dos sinais constitucionais que a indignidade sucessória reflete enquanto instituto de direito civil, cumpre breve e apenas reflexiva abordagem sobre a presunção de inocência ou presunção de não-culpabilidade, garantia constitucionalmente. O tema só possui certa relevância para o presente problema porque o sistema jurídico brasileiro não reputa necessária a prévia condenação criminal para a imputação da pecha civil, o que poderia ensejar dúvidas sobre sua incidência, ou não, na disciplina da indignidade. Desde já, pontua-se que a resposta é negativa.

O primeiro registro do princípio decorreu do movimento revolucionário francês e ideais iluministas, culminando em sua previsão expressa na Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão (1789) por meio do art. 9º, a proclamar que “*Todo acusado é considerado inocente até ser declarado culpado e, se julgar indispensável prendê-lo, todo o rigor desnecessário à guarda da sua pessoa deverá ser severamente reprimido pela lei*”.

A ampliação do espectro do princípio adveio posteriormente, com mais profunda preocupação da ordem internacional em conformar os sistemas nacionais à proteção da dignidade do homem em todas as suas camadas (Declaração Universal de Direitos Humanos, Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, Pacto de São José da Costa Rica). Porém, vê-se que sua *ratio* inicial refere diretamente à privação de liberdade, ou seja, à proibição (ou evitação máxima) de prisão.

¹²⁸ Art. 72 da Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil: “A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes”.

Igualmente, na Constituição Federal brasileira de 1988, o princípio da não culpabilidade está presente no art. 5º, LVII, ressoando que “*ninguém será considerado culpado até trânsito em julgado de sentença penal condenatória*”. Desse modo, a garantia fundamental está inicial e diretamente ligada ao direito penal e processual penal, inclusive porque a discussão doutrinária e jurisprudencial que o envolve se cinge à possibilidade ou não da execução da pena antes do trânsito em julgado da sentença que a cominou.

Não à toa, o mais recente debate sobre o tema incidiu sobre a (in) constitucionalidade do art. 283 do Código Penal, por ocasião das ações diretas de constitucionalidade nº 43, 44 e 54. Ali, o Supremo Tribunal Federal, em questionável mudança paradigmática de entendimento, considerou que a execução da pena só é possível após o esgotamento de todos os recursos possíveis.

Já que o instituto civil em análise prescinde de condenação criminal e, por óbvio, não envolve detenção e encarceramento, considera-se apropriada e suficiente sua explanação a partir da lógica anteriormente exposta sobre a possível limitação de direito fundamental e sua relação com demais garantias constitucionais envoltas na indignidade sucessória.

Por essa linha, a ausência de previsão da necessidade de condenação criminal para respaldar o pleito civil em nada afronta a presunção de inocência, e isso por inúmeros motivos.

Primeiramente, a razão já conhecida é a de que a regra contida na principiologia da presunção de inocência atine à reclusão “precipitada” do indivíduo, o que não acontece no direito civil, que projeta reflexo apenas ao patrimônio do declarado indigno.

Em segundo lugar, o princípio colide, como já se poderia esperar, com um sem número de outras garantias fundamentais, de modo que se pode falar que, mesmo se o ordenamento jurídico brasileiro em algum momento previsse a condenação criminal prévia à inauguração do instituto da indignidade, ainda assim a presunção de inocência não incidirá diretamente a obstar os efeitos da regra civil antes do trânsito em julgado

Sobre isso, na aferição da aplicação do princípio na esfera civil, ainda deverão ser incluídos o direito fundamental de herança, à dignidade humana (vida, honra, liberdade), à segurança jurídica¹²⁹ e ao devido processo legal (abrangendo ampla defesa e contraditório).

¹²⁹ Uma explicação é necessária. O constituinte não mencionou expressamente o adjetivo “jurídica” para o direito à segurança. Contudo, tal aspecto é conhecido social, doutrinária e jurisprudencialmente como decorrente da abrangência do vocábulo “segurança”. Convém nota a Ingo Sarlet, que explica que o direito à segurança jurídica, apesar de não diretamente expresso, “acabou sendo contemplado em diversos dispositivos da Constituição, a começar pelo princípio da legalidade e do correspondente direito de a não ser obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei (artigo 5º, inciso II), passando pela expressa proteção do direito adquirido, da coisa julgada e do ato jurídico perfeito (artigo 5º, inciso XXXVI), bem como pelo princípio da legalidade e anterioridade em matéria penal (de acordo com o artigo 5º, inciso XXXIX, não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal) e da irretroatividade da lei penal desfavorável (artigo 5º, inciso

Todos estes estão prestigiados, pelo menos no que tange a presunção de inocência, pela norma civil de exclusão de herdeiro.

Cumpre maior destaque para o direito fundamental ao devido processo legal e à segurança jurídica – este último já foi abordado ao fim do Capítulo IV, mas, como dito ali, merece um aprofundamento.

Nesse sentido, a melhor doutrina constitucional assenta, quanto à segurança jurídica, esta decorre da ampla noção prevista constitucionalmente de “segurança”, que inclui o “*direito à proteção [por meio de prestações normativas e materiais] contra atos – do poder público e de outros particulares - violadores dos diversos direitos pessoais*”¹³⁰. Por esse raciocínio, a própria existência da possibilidade de exclusão do indigno instrumentaliza o direito à segurança *latu sensu* e a segurança jurídica, assim como o faz os institutos da prescrição e da decadência.

A segurança jurídica, por sua vez, refere também ao direito ao devido processo legal, constituído pelo direito à ampla defesa e ao contraditório.

Quanto a isso, a necessidade de uma ação específica para a declaração de indignidade supre bem a ausência de previsão de prévia condenação criminal, pois materializa a dignidade humana do próprio réu e lhe garante o direito constitucional de não lhe ser imputada pena civil sem observância do devido processo legal. Esta é uma das razões pelas quais a imputação de indignidade sucessória como efeito direto da condenação criminal pode ser problemática (isto somado ao princípio da separação de instâncias, a taxatividade das penas e a transcendência das penas, brevemente explanados no capítulo VI).

Por outro lado, a coexistência de ambos os princípios na realidade sucessória acaba por mitigar a aplicação direta e irrestrita da presunção de inocência, garantindo a incolumidade, também por essa via, da segurança jurídica.

Do exposto neste capítulo, fica atestada a comunicação entre os planos civil e constitucional do direito sucessório, bem como a plena constitucionalidade da exclusão de herdeiro, assim como a desnecessidade de trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

XL), até chegar às demais garantias processuais (penais e civis), como é o caso da individualização e limitação das penas (artigo 5º, incisos XLV a XLVIII), das restrições à extradição (artigo 5º, incisos LI e LII) e das garantias do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa (artigo 5º, incisos LIV e LV), apenas para referir algumas das mais relevantes”. (SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia do direito fundamental à segurança jurídica: dignidade da pessoa humana, direitos fundamentais e proibição de retrocesso social no direito constitucional brasileiro. **Revista de Direito Público**, 2010, não paginado).

¹³⁰ Idem, não paginado.

CONCLUSÃO

Considerando que a estrutura do presente estudo foi pensada para cumprir um encadeamento lógico entre cada assunto interno à indignidade, a melhor conclusão para o que ora se propõe deve se dividir por capítulos, obedecendo a mesma racionalidade.

I. O presente estudo utilizou como premissa a crítica ao estancamento do instituto da indignidade sucessória (e do direito das sucessões como um todo), se comparado à marcha de atualização dos demais ramos do direito. Por meio da contextualização geral do problema e do arcabouço legal relacionado aos propósitos deste trabalho, logo foi possível perceber a impermeabilidade da temática pela doutrina clássica, mesmo diante de diversos exemplos normativos no sistema jurídico brasileiro que parecem ser mais eficientes em prever variáveis sociais (no direito do consumidor, tributário e no próprio direito civil) importantes à melhor redação das regras civis.

II. A indignidade sucessória consiste em pena civil de exclusão de herdeiro, aplicável mediante a ocorrência de uma das hipóteses taxativamente previstas no art. 1.814 do Código Civil. Fundamentando-se em valores morais e éticos observáveis pela sociedade, o instituto mescla em si facetas civis e penais, de modo a autorizar valiosas críticas a respeito de seu rol exauriente e, sobretudo, sobre termo inicial do prazo decadencial estabelecido para a demanda de ação declaratória. Isso porque, neste estudo, defende-se que o direito de demandar a exclusão do herdeiro não nasce concomitante à morte do de cujus (fato jurídico *strictu sensu*), mas do conhecimento da prática do fato ensejador de indignidade. Ao excluir da racionalidade decadencial tal elemento, pode-se perceber uma insuficiência do suporte fático previsto pela norma civil.

III. A ação declaratória de indignidade tem natureza constitutiva negativa, sendo o meio de exercício de direito potestativo dos herdeiros legitimados a sua propositura. Desta forma, é inegável que a natureza do prazo é, corretamente, decadencial. Por assim ser, é excluído de seu suporte fático a inércia de seu titular. Conclui-se, também, que não se poderia aplicar a teoria *actio nata* para modificar o termo inicial de fluência, posto que inexistente lesão de direito, esta presente apenas nos direitos subjetivos, sujeitos à prescrição. Porém, verifica-se que a escolha pela abertura da sucessão como o momento desencadeador do prazo é meramente política e equivocada. A boa-fé que permeia as relações familiares é componente importante para a

consideração de que o prazo deve começar a fluir a partir do conhecimento dos interessados na exclusão do herdeiro possivelmente indigno. A segurança jurídica, em seus valores de certeza-segurança e justiça-ordem, deve ser observada não apenas mediante a ontologia dos prazos materiais, mas em seu atendimento à virtude social de satisfação de justiça. Por essa via, tanto a sua extensão quanto o seu termo inicial são critérios a serem contabilizados na pretensão legislativa de equilíbrio social e jurídico.

IV. A independência entre as esferas cível e criminal, no sistema jurídico brasileiro, não é absoluta, em razão das possíveis vinculações unilaterais desta sobre aquela. Contudo, ainda que num primeiro momento se questione a competência cível para apuração de fato criminoso (incisos I e II do art. 1.814, CC), é perfeitamente razoável a necessidade de uma ação civil própria para a exclusão de herdeiro, pois o âmbito civil possui pretensão distinta em relação ao criminal e, por isso, resta atendido o princípio constitucional do devido processo legal garantido tanto aos interessados na demanda quanto ao próprio herdeiro indigno. Contudo, por meio das análises jurisprudenciais, cabe a crítica à efetividade da demanda cível quando já existente sentença penal condenatória, tornando infrutífera a instrução do feito civil. Também nesta análise novamente se faz menção ao prazo decadencial estabelecido pela lei, que torna inadmissíveis, pelo Judiciário, demandas de severa gravidade social. A aparente impossibilidade de ajuizamento de ação rescisória também é fator a ser considerado no estudo crítico da ação declaratória de indignidade. O estudo dos projetos de lei apresentados demonstra inequivocamente a percepção, pela própria sociedade, da deficiência no tratamento normativo da indignidade sucessória, sustentando a legitimidade da crítica que ora se propõe.

V. O direito comparado foi crucial para apresentar finalmente quais as diferentes formas de manejar o instituto. Escolhendo os sistemas jurídicos estrangeiros que mais tiveram afinidade com o brasileiro (em sua origem e influência), foi possível concluir que, ainda que com sociedades e valores culturais distintos, a indignidade sucessória também recebe tutela jurídica específica e autônoma, sendo prestigiada a segurança jurídica em seu tratamento. Isso porque, prevendo ou não a necessidade de prévia condenação criminal, o prazo para a demanda de exclusão de herdeiro, quando não operada automaticamente, pode se iniciar com: a) o conhecimento do fato pelos interessados; b) a prolação da sentença penal condenatória; ou c) a abertura da sucessão. Nesse sentido, verifica-se que o sistema português, ao prever todas essas possíveis variáveis, é o que mais prestigia a segurança jurídica e seus propósitos. Menção ao

direito argentino merece destaque nesta conclusão pois reafirmou a possibilidade de extensão do rol de cabimento da indignidade.

VI. Por meio da final análise da faceta constitucional da problemática, pode-se constatar a dupla titularidade do direito de herança previsto no art. 5º, XXX da Carta Maior, endossando a constitucionalidade da exclusão de herdeiro. Isso porque a indignidade, representando uma intervenção estatal fundamentada (suporte fático da norma constitucional), serve também à materialização dos princípios da dignidade da pessoa humana (vida, honra e liberdade), do devido processo legal (ampla defesa e contraditório) e da segurança jurídica (segurança social e jurídica). Em nota final, foi observada a conformação do instituto ao princípio da presunção de inocência, não aplicável de forma direta à indignidade por inexistir privação de liberdade, mas observado indiretamente pelo devido processo legal em juízo autônomo ao criminal. Por tais fatores, conclui-se que a necessidade de prévia condenação criminal, embora contribua para a segurança jurídica do juízo cível e dos interessados à demanda declaratória, não é imprescindível; por conseguinte, também não há razões para pretender, eventualmente, que o trânsito em julgado da sentença penal seja o termo inicial para a demanda de exclusão de herdeiro.

De todo o exposto, pode-se sugerir que o prazo para o ajuizamento da ação declaratória de indignidade seja modulado, ao efeito de que se inicie com o conhecimento do fato pelos interessados ou com a sentença penal condenatória eventualmente existente. Se assim se estabelecer, é igualmente possível a redução da extensão do prazo, garantindo segurança jurídica aos envolvidos.

REFERÊNCIAS

AMORIM FILHO, Agnelo. Critério científico para distinguir a prescrição da decadência e para identificar as ações imprescritíveis. **Revista dos Tribunais**, v. 300. 1960.

ASCENSÃO, José de Oliveira. **Direito Civil – Sucessões**. 4ª edição, Coimbra: Editora Coimbra, 1989.

AZÁRIO, Márcia Pereira. A parte geral do código civil de 2003: análise crítica da sua manutenção e abordagem de algumas inovações relacionadas ao tratamento legal das pessoas jurídicas, à prescrição e à decadência e ao regramento da prova. **Revista da Procuradoria Geral do Estado do Rio Grande do Sul**, v. 27, nº 57, 2003.

BEVILAQUA, Clóvis. **Theoria Geral do Direito Civil**. Atualizada por Achilles Bevilacqua. Editora Paulo de Azevedo, Rio de Janeiro, 5ª edição, 1951.

CAHALI, Francisco; HIRONAKA, Giselda. **Direito das Sucessões**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

DA SILVA, Virgílio Afonso. **O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais**. Revista de Direito do Estado, v. 4, p. 23-51, 2006.

DIAS, Maria Berenice. **Manual das Sucessões**. 2ª edição - São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

FACHIN, Luiz Edson. Natureza Jurídica da Deserdação. **Revista dos Tribunais. Soluções Práticas – Fachin**, vol. 2, 2012, p. 221 – 239.

FARIAS, Cristiano Chaves de. ROSENVALD, Nelson. NETTO, Felipe Peixoto Braga. **Manual de Direito Civil**. Salvador: Editora Juspodivm, 2017.

GAGLIANO, Pablo Stolze. PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil, volume 7: Direito das Sucessões**. Saraiva Educação SA, 2017.

GOMES, Orlando. **Sucessões**. 14ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2008.

GOMES, Renata Raupp. Entre a fundamentalidade dos direitos à herança, à propriedade e a concretização do paradigma familiar constitucional: a função social da legítima no direito brasileiro. Tese (Doutorado em Direito). Centro de Ciências jurídicas. **Universidade Federal de Santa Catarina**, 2019.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro 7 - Direito das Sucessões**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novais. PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Direito das Sucessões. Inventário e Partilha**. 2ª ed. Belo Horizonte: Editora del Rey, 2007.

JUNIOR, Otavio Luiz Rodrigues. A influência do BGB e da doutrina alemã no Direito Civil brasileiro do século XX. **Revista dos Tribunais**, v. 938, p. 79-155, 2013.

JUSTO, António dos Santos. A indignidade sucessória no Direito Romano. Reflexos no Direito Português **Lusíada. Direito**, n. 15, p. 7-79, 2017.

JUSTO, Antonio dos Santos. A influência do direito português na formação do direito brasileiro. **Revista Jurídica da FA7**, 5(1), 2008, p. 197-242.

LEAL, Antônio Luís da Câmara. **Da prescrição e da decadência**. Teoria Geral do Direito. 4ª edição, Rio de Janeiro, 1982.

LEITE, Gisele. **Esclarecimentos sobre exclusão do direito sucessório por indignidade e deserdação**. Academia Brasileira de Direito Processual Civil. Disponível em: <<https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-civil/esclarecimentos-sobre-exclusao-do-direito-sucessorio-por-indignidade-e-deserdacao/>> Acesso em

LEITE, Eduardo de Oliveira. **Comentários ao Novo código Civil. Do Direito das Sucessões, volume XXI**, 5ª edição. Editora Forense, 2009.

LEONARDO, Rodrigo Xavier. A decadência como fato jurídico. **A Modernização do Direito Civil Volume II**. Coordenadores Venceslau Tavares Costa Filho e Torquato Da Silva Castro Junior. Editora Nossa Livraria, 2012.

LÔBO, Paulo. **Direito Civil 6 - Sucessões**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

LOBO, PAULO. Direito constitucional à herança, saisine e liberdade de testar. **Anais do IX Congresso Brasileiro de Direito de Família: Pluralidade e Felicidade**, 2013

LÔBO, Paulo. **Efeitos da Inércia e do Decurso do Tempo: Prescrição e Decadência**, 2018. Disponível em <http://genjuridico.com.br/2018/04/05/efeitos-da-inercia-e-do-decurso-do-tempo-prescricao-e-decadencia/#_ftnref11> Acesso em nov/2020.

MADALENO, Rolf. Planejamento sucessório. **Revista IBDFAM: Famílias e Sucessões**, 2014.

MADALENO, Rolf. **Sucessão Legítima**, Rio de Janeiro: Forense, 2019.

MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do Fato Jurídico: Plano da existência**, 22ª ed. São Paulo: Editora Saraiva Educação, 2019.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Tratado de Direito Privado, Tomo I**. Campinas: Editora Bookseller, 2004.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Tratado de Direito Privado, Tomo II**. Campinas: Editora Bookseller, 2004.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Tratado de Direito Privado, Tomo V**. Campinas: Editora Bookseller, 2004.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Tratado de Direito Privado, Tomo VI**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1974.

NETO, Eugênio Facchini. Code civil francês: gênese e difusão de um modelo. **Revista de Informação Legislativa**, 2013.

PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Instituições de Direito Civil. Direito das Sucessões**. 19ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2012.

POLETTTO, Carlos Eduardo Minozzo. Apresentação e Comentários ao projeto de lei do senado federal (PLS 118/2010) que altera as disposições do código civil atinentes à indignidade sucessória e à deserção. In: Família e Sucessões [livro eletrônico] / Yussef Cahali, Francisco José Cahali organizadores - 1. ed. São Paulo: **Editora Revista dos Tribunais**, 2015.

POLETTTO, Carlos Eduardo Minozzo. **Indignidade Sucessória e Deserção**. Editora Saraiva: São Paulo, 2013 Edição do Kindle.

REALE, Miguel. **Teoria Tridimensional do Direito**. São Paulo: Editora Saraiva, 1986.

RIBEIRO, Raphael Rego Borges. O Direito Fundamental de Testar. **Revista de Direito de Família e Sucessão**, v. 6, n. 1, p. 75-96, 2020.

RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil: Direito das Sucessões, Volume 7**. 25ª ed., revista e atualizada por Zeno Veloso. São Paulo: Editora Saraiva, 2002.

RODRIGUES, Sílvia. **Direito Civil: Direito das Sucessões, volume 7**. 26ª ed., revista e atualizada por Zeno Veloso. São Paulo: Editora Saraiva, 2003.

RÜCKERT, Joachim. O BGB – um código que não teve oportunidade? **Revista da Faculdade de Direito da UFRGS**, Porto Alegre, n. 34, p. 5-37, 2016.

SANTOS, Ulderico Pires dos. **Prescrição – doutrina, jurisprudência e prática**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1989.

SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia do direito fundamental à segurança jurídica: dignidade da pessoa humana, direitos fundamentais e proibição de retrocesso social no direito constitucional brasileiro. **Revista de Direito Público**, 2010.

SCHREIBER, Anderson. O princípio da boa-fé objetiva no direito de família. **Princípios do direito civil contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

SILVA, Filipa da. Deserção e Direito Comparado (Dissertação de Mestrado). **Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra**, 2014.

SIMÃO, José Fernando. **Prescrição e Decadência: Início dos prazos**, Edição do Kindle, 2020.

TIMM, Luciano Benetti. “Descodificação”, Constitucionalização e Reprivatização no Direito Privado: O Código Civil ainda é útil? **Revista de Direito Privado, RT**, São Paulo, v.27, p. 223 - 251, 2006.

VELOSO, Zeno. **Testamentos de acordo com a Constituição de 1988**. Belém: Cejud, 1993.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito das Sucessões**. Editora Atlas, 11ª ed., 2011.

ANEXO I

PESQUISA DE JURISPRUDÊNCIA DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO¹³¹

TERMOS APLICADOS COMO FILTRO: AÇÃO DECLARATÓRIA INDIGNIDADE; INDIGNIDADE SUCESSÓRIA; EXCLUSÃO DE HERDEIRO; PRAZO DECADENCIAL; TEORIA ACTIO NATA; SUSPENSÃO; CONDENAÇÃO CRIMINAL

DECISÕES PROFERIDAS ENTRE 2008 e 2020

VOTO DO RELATOR EMENTA – DECLARATÓRIA – EXCLUSÃO DE LEGATÁRIOS POR INDIGNIDADE – Decreto de extinção liminar – Decadência configurada – Prazo quadrienal (art. 1.815, par. 1., CC e 178, IV, par. 9, CC/1916) contado da data da abertura da sucessão – Demanda ajuizada 27 após referida data – Ainda que se entenda pela aplicação da teoria da actio nata, a autora figurou como parte em duas ações de anulação de testamento (ajuizadas nos anos de 1992 e 2000), de onde se depreende que desde àquela época já tinha conhecimento dos fatos geradores da apontada indignidade (além do ajuizamento de ação e interdição, pelos apelados, em face da testadora, no ano de 1991) – Ausência de justificativa para o ajuizamento da presente quando decorridos quase trinta anos (seja do óbito da testadora, seja dos fatos que implicariam na apontada indignidade) - Extinção corretamente decretada - Sentença mantida - Recurso improvido. (TJSP. Apelação Cível 1001171-44.2019.8.26.0281; Relator (a): Salles Rossi; Órgão Julgador: 8ª Câmara de Direito Privado; Foro de Itatiba - 1ª Vara Cível; Data do Julgamento: 17/11/2020; Data de Registro: 17/11/2020)

APELAÇÃO – EXCLUSÃO DE HERDEIRO POR INDIGNIDADE – Companheira condenada, por sentença penal transitada em julgado, pelo crime de tortura e absolvida sumariamente da acusação de crime de instigação ao suicídio – Crime de tortura não previsto no rol do artigo 1.814 do Código Civil – Norma restritiva de direitos - Hipóteses taxativamente previstas – Impossibilidade de interpretação extensiva – Conduta da ré, ademais, que não violou qualquer dos valores resguardados em referidos incisos - Absolvição da acusação de instigação ao suicídio fundada no artigo 415, inciso II, do CPP – Não comprovado o suicídio e a existência de conduta da ré capaz de sugerir na vítima intenção de eliminar a própria vida – Hipóteses legais de indignidade não configuradas – Sentença de improcedência mantida – NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO. (TJSP. Apelação Cível 1009129-03.2018.8.26.0286; Relator (a): Alexandre Coelho; Órgão Julgador: 8ª Câmara de Direito Privado; Foro de Itu - Vara de Família e Sucessões; Data do Julgamento: 30/09/2020; Data de Registro: 30/09/2020)

APELAÇÃO. Ação declaratória de exclusão de herdeira por indignidade. Sentença de procedência. Insurgência da ré, sob a alegação de inexistência de autoria comprovada de homicídio doloso por juri popular. Primeiro julgamento anulado. Realizado novo julgamento foi reconhecido por juri popular a autoria da ré de crime doloso contra a vida da de cujus, sobrinha da autora da ação. Sentença de procedência mantida. Recurso a que se nega provimento. (TJSP.

¹³¹ As pesquisas de jurisprudência foram realizadas em consulta ao <esaj.tjsj.jusbr>. Não foi requerido acesso especial a processos de segredo de justiça, de modo que os resultados obtidos estão à disposição para consulta pública, mediante cadastramento pessoal normal realizado junto ao sítio do tribunal. Para resguardar a integridade da pesquisa, foram mantidas as formatações originais das ementas, bem como as referências de julgamento, que são redigidas pelo próprio órgão julgador. Houve um filtro de seleção prévia, levando em consideração o objeto de estudo e a utilidade de espaço. Em alguns casos, foram destacados trechos da decisão, identificados entre aspas, que se revelam interessantes ao objeto da pesquisa e à crítica deste estudo.

Apelação Cível 1001076-61.2016.8.26.0655; Relator (a): José Rubens Queiroz Gomes; Órgão Julgador: 7ª Câmara de Direito Privado; Foro de Várzea Paulista - 2ª Vara; Data do Julgamento: 16/04/2020; Data de Registro: 16/04/2020)

APELAÇÃO – AÇÃO DE INDIGNIDADE – PRAZO DECADENCIAL – Impossibilidade de contagem de prazo da morte da autora da herança, se naquela oportunidade não havia plena evidência de uma das hipóteses elencadas no artigo 1.814 do Código Civil, circunstância caracterizada apenas no âmbito da ação declaratória ajuizada dentro do prazo em face do apelado – Prazo que deve fluir do trânsito em julgado daquela decisão – Aplicação da teoria da actio nata – Causa madura para julgamento – Ausência de necessidade de produção de novas provas porque a conduta dolosa do réu restou evidenciada – Sentença reformada – Recurso provido para afastar a decadência e declarar a exclusão do réu por indignidade da sucessão de Luzinete Gomes de Carvalho. (TJSP. Apelação Cível 1017288-07.2018.8.26.0068; Relator (a): Luis Mario Galbetti; Órgão Julgador: 7ª Câmara de Direito Privado; Foro de Barueri - 5ª Vara Cível; Data do Julgamento: 20/01/2020; Data de Registro: 21/01/2020)

APELAÇÃO – EXCLUSÃO DE HERDEIRO POR INDIGNIDADE – Cerceamento de defesa – Ocorrência – Imprecisão acerca do termo inicial para o cômputo do prazo decadencial. Decadência prematuramente declarada. Sentença anulada – Autos remetidos à Vara de origem, para oportunizar a instrução processual. Recurso prejudicado. “Respeitado o entendimento do D. magistrado a quo, a r. sentença deve ser anulada, de ofício. Isto porque, de fato, o prazo decadencial é de 04 anos, iniciados quando da abertura da sucessão, conforme preconiza o artigo 1.814, CC (...). E, conforme destacado pela r. sentença de primeiro grau “no caso previsto no artigo 1814, II, do CPC, somente após ter conhecimento a respeito da autoria dos fatos é que se pode afirmar ter início o prazo decadencial que, portanto, pode ter prazo iniciado após a abertura da sucessão”. Todavia, no caso concreto, não se pode afirmar que a autora teve conhecimento da denúncia, quando do recebimento pelo Ministério Público, em agosto de 2011. Para se ter segurança acerca do prazo decadencial, deveria ter sido acostada cópia da intimação da autora (acusada), nos autos do procedimento administrativo persecutório. Entretanto, mesmo não constando dos autos a data da intimação da acusada, infere-se dos autos que os supostos ofendidos prestaram depoimento em 19 de setembro de 2011 (fls. 34). Como se sabe, houve-se primeiro o ofendido, para, posteriormente, ser interrogado o acusado, nos termos do artigo 60, do Código de Processo Penal. A autora, por sua vez, prestou depoimento em 25 de maio de 2012. Portanto, considerando que a presente ação fora distribuída em 25/08/2015, não se vislumbra o escoamento do prazo decadencial. Frise-se que a suposição do termo inicial para o cômputo da decadência deixa vulnerável o direito de ação da autora, constitucionalmente garantido, o que não se admite. Portanto, os autos devem ser remetidos à Vara de origem, para que o feito prossiga em seus ulteriores termos, devendo ser oportunizada a instrução processual. Ante o exposto, de ofício, ANULO a r. sentença monocrática, para os fins acima expostos e julgo PREJUDICADA a análise do recurso”. (TJSP. Apelação Cível 1030175-72.2015.8.26.0506; Relator (a): Fábio Podestá; Órgão Julgador: 5ª Câmara de Direito Privado; Foro de Ribeirão Preto - 3ª Vara de Família e Sucessões; Data do Julgamento: 19/02/2018; Data de Registro: 19/02/2018)

APELAÇÃO CÍVEL. Direito das Sucessões. Ação declaratória de indignidade. Demanda intentada com fundamento na hipótese do art. 1.814, I do CC. Réu, autor de crime de homicídio contra a esposa e as duas filhas, absolvido na esfera criminal, ante o reconhecimento de inimizabilidade por doença mental. Sentença de procedência, que declara a indignidade. Inconformismo. Não acolhimento. A possibilidade de inclusão do agente que cometeu o crime de homicídio na sucessão das vítimas avilta o fundamento ético da indignidade. Irrelevância do reconhecimento da inimizabilidade, no âmbito criminal. Exclusão bem determinada. Sentença mantida. Negado provimento ao recurso." (TJSP. Apelação Cível 4009140-57.2013.8.26.0576; Relator (a): Viviani Nicolau; Órgão Julgador: 3ª Câmara de Direito Privado; Foro de São José do Rio Preto - 1ª Vara de Família e Sucessões; Data do Julgamento: 16/09/2015; Data de Registro: 16/09/2015)

HERANÇA. Ação buscando exclusão da esposa do de cujus por indignidade. Extinção sem julgamento de mérito que subsiste quanto à figura típica do artigo 1814, II, do CC; em relação à do antecedente inciso I cabendo, mais propriamente, falar em improcedência à vista da precariedade probatória, a justificar antecipação de julgamento Apelo improvido, com ressalva apenas da correta capitulação dos fatos. (TJSP. Apelação Cível 9224544-37.2008.8.26.0000; Relator (a): Luiz Ambra; Órgão Julgador: 8ª Câmara de Direito Privado; SÃO PAULO - FAMÍLIA - 4.VARA FAMÍLIA; Data do Julgamento: 11/04/2012; Data de Registro: 18/04/2012)

AGRAVO DE INSTRUMENTO DECLARATÓRIA DE EXCLUSÃO DE HERDEIRO POR INDIGNIDADE. Decreto de suspensão do processo de conhecimento. Independência de jurisdição restrita à consequência da responsabilidade civil e criminal. Necessidade indispensável à apuração da autoria do disparo mortal (homicídio x suicídio). Aplicação do princípio da segurança jurídica. Primazia de pronunciamento de único órgão do Poder Judiciário. Justificável cautela para evitar soluções conflitantes sobre a análise de mesmo fato e provas. Reconhecimento de paralisação até julgamento da ação penal - Decisão interlocutória mantida. Recurso desprovido. “A independência absoluta entre a jurisdição de âmbito criminal e civil restringe-se à figura da responsabilidade devidamente solucionada, no sentido de que o castigo penal imposto ao agente do delito, não o exime de acoimá-lo à sanção de cunho díspar, decorrente do mesmo fato ilícito, conforme melhor interpretação a ser atribuída à regra adotada no artigo 935 do Novo Código Civil Brasileiro, Revela-se faculdade discricionária ao julgador, no exame da norma alicerçada no artigo 64 do Código de Processo Penal, frente à conveniência e oportunidade de concentração de atos processuais, em um exclusivo instrumento processual e univocidade do Poder Judiciário, que converge à caracterização da mesma matéria de fato (homicídio x suicídio), como representante constitucional tripartite do Estado Democrático de Direito. (...). Por conseguinte, mais correto a apuração de apenas um dos órgãos de jurisdição sobre autoria e materialidade, condição que não escapa ao cerne do inciso I artigo 1.814 do Código Civil, mormente, no que tange ao princípio da verdade real e a condução oficial do processo crime, que se diga de passagem, já está em curso e detém melhor aparelhamento técnico e recursos humanos à consecução desse fim, como sói acontece à disposição do artigo 110 do Código de Processo Civil. (TJSP. Agravo de Instrumento 0181258-60.2011.8.26.0000; Relator (a): Salles Rossi; Órgão Julgador: 8ª Câmara de Direito Privado; Foro Regional II - Santo Amaro - 5ª Vara da Família e Sucessões; Data do Julgamento: 13/10/2011; Data de Registro: 14/10/2011)

DECLARATÓRIA DE INDIGNIDADE. PRÁTICA DE MAUS TRATOS DO APELADO PARA COM SUA ESPOSA DE SAÚDE FRÁGIL. FALECIMENTO. IRMÃOS REQUERENDO A EXCLUSÃO DO CUNHADO DA HERANÇA. FALTA DE PROVAS. Recurso improvido. “Afirmam os recorrentes, que a falecida era acometida de problemas cardíacos desde tenra idade, apresentando estado de saúde delicado, não podendo engravidar nem exercer qualquer atividade física que requeresse uso de força. Contudo seu mando, conhecedor de suas debilidades, a forçava a desempenhar todos os afazeres domésticos, além de auxiliá-lo no trabalho rural, o que agravou seu quadro clínico levando-a a óbito. Inconformados com tamanho desprezo e falta de atenção moral e material, obrigações de todo marido, propuseram os irmãos da falecida, e também seus herdeiros, ação de petição de herança no intuito de excluir o cunhado da partilha dos bens deixados pela esposa. A apontada conduta do apelado não está elencada no artigo 1595 do Código Civil de 1916, cuja enumeração é taxativa, não comportando interpretação extensiva de maneira a suportar a pena civil caracterizada pela indignidade. (TJSP. Apelação Cível 9197025-97.2002.8.26.0000; Relator (a): Fábio Quadros; Órgão Julgador: 4ª Câmara de Direito Privado; Foro de Palmeira D'Oeste - 1.VARA CIVEL; Data do Julgamento: 17/01/2008; Data de Registro: 06/02/2008)

EXCLUSÃO HERDEIRO/LEGATÁRIO – Decreto de extinção (decadência – arts. 332, § 1º c.c. 487, II, ambos do CPC) – Recurso interposto pela autora - Ausência de intervenção do órgão do Ministério Público oficiante em primeiro grau – Nulidade arguida pela d. Procuradoria Geral de Justiça – Acolhimento - Intervenção obrigatória, nos termos do artigo 1.815, § 2º, do Código Civil

– Vício insanável – Intervenção do órgão do Ministério Público em segundo grau de jurisdição que não convalida a nulidade decretada (este, aliás, pugnou pela anulação do feito em seu parecer)
– Nulidade que se impõe reconhecer por força do artigo 279 do CPC - Sentença anulada - Recurso prejudicado. (TJSP; Apelação Cível 1001171-44.2019.8.26.0281; Relator (a): Salles Rossi; Órgão Julgador: 8ª Câmara de Direito Privado; Foro de Itatiba - 1ª Vara Cível; Data do Julgamento: 26/02/2020; Data de Registro: 26/02/2020)

AÇÃO DE INDIGNIDADE – DIREITO DAS SUCESSÕES – DEMANDA FUNDADA NO ARTIGO 1.814, I DO CC – REQUERIDO É AUTOR DE HOMICÍDIO CONTRA A GENITORA DA AUTORA – SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA – INOCORRÊNCIA DA PRESCRIÇÃO – CERCEAMENTO DE DEFESA NÃO VERIFICADO – DECLARAÇÃO DE INDIGNIDADE - SENTENÇA MANTIDA – RECURSO IMPROVIDO. “Ademais, desnecessária a oitiva das testemunhas arroladas pela recorrida (fls. 81/82), vez que restou incontroverso que o Apelante foi responsável pela morte da genitora da Apelada sendo inútil a prova testemunhal para o deslinde do feito, tendo em vista que a matéria controvertida está suficientemente amparada em prova documental. O Apelante foi devidamente processado e condenado pelo homicídio da genitora da Apelada (Processo nº 0002204-49.2005.8.26.0646) e ainda está cumprindo pena. Assim sendo, não há qualquer nulidade na sentença. Com relação ao prazo prescricional cumpre salientar que somente poderá ser contado a partir da data em que a Apelada completou 18 anos, vez que antes disso, ela sequer tinha capacidade postulatória. A ação foi ajuizada em 07/05/2015 sendo que a Apelada completou 18 anos em 21/08/2012. Não ocorreu a prescrição, anotandose que a ação pode ser proposta por qualquer um dos herdeiros e Autora tem um irmão que ainda era menor à época do ajuizamento da demanda, de modo que a sentença proferida nestes autos também ampara direito daquele”. (TJSP; Apelação Cível 0000723-02.2015.8.26.0646; Relator (a): Luiz Antonio Costa; Órgão Julgador: 7ª Câmara de Direito Privado; Foro de Urânia - Vara Única; Data do Julgamento: 14/12/2016; Data de Registro: 14/12/2016)

ANEXO II

PESQUISA DE JURISPRUDÊNCIA DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO PARANÁ¹³²

TERMOS APLICADOS COMO FILTRO: AÇÃO DECLARATÓRIA INDIGNIDADE; INDIGNIDADE SUCESSÓRIA; EXCLUSÃO DE HERDEIRO; PRAZO DECADENCIAL; TEORIA ACTIO NATA; SUSPENSÃO; CONDENAÇÃO CRIMINAL

DECISÕES PROFERIDAS ENTRE 2018 e 2020

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE ABERTURA DE INVENTÁRIO. PEDIDO DE EXCLUSÃO DE HERDEIRO POR INDIGNIDADE. IMPOSSIBILIDADE. PRAZO DECADENCIAL DE 4 ANOS ESGOTADO. DECADÊNCIA OPERADA. RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO. 1. ART. 1.815. A EXCLUSÃO DO HERDEIRO OU LEGATÁRIO, EM QUALQUER DESSES CASOS DE INDIGNIDADE, SERÁ DECLARADA POR SENTENÇA. § 10 O DIREITO DE DEMANDAR A EXCLUSÃO DO HERDEIRO OU LEGATÁRIO EXTINGUE-SE EM QUATRO ANOS, CONTADOS DA ABERTURA DA SUCESSÃO (ART. 1.815, §1º, CC). 2. É ENTENDIMENTO PACÍFICO NESTE SUPERIOR TRIBUNAL DE QUE SÃO INDEPENDENTES AS ESFERAS CÍVEL, PENAL E ADMINISTRATIVA. (RESP 1344199/PR, REL. MINISTRO OG FERNANDES, SEGUNDA TURMA, JULGADO EM 27/06/2017, DJE 01/08/2017). 3. RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO. (TJPR - 12ª C. Cível - 0017611-11.2007.8.16.0030 - Foz do Iguaçu - Rel.: Juiz Joscelito Giovani Ce - Rel. Desig. p/ o Acórdão: Juiz Luciano Carrasco Falavinha Souza - J. 26.09.2019)

VOTO VENCIDO: APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO SUCESSÓRIO. CÔNJUGE SUPÉRSTITE. CONDENAÇÃO CRIMINAL POR COAUTORIA NO HOMICÍDIO DA DE CUJUS. INDIGNIDADE. ART. 1.814 INC. I CC. DECADÊNCIA. INOCORRÊNCIA. ART. 1.815 §1º CC. ACTIO NATA. INSTITUTO QUE ADMITE INCIDÊNCIA AO PRAZO DECADENCIAL. PRECEDENTES. PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA. ORDENAMENTO JURÍDICO. INTERPRETAÇÃO SISTEMÁTICA E SUPERAÇÃO DE ANTINOMIAS APARENTES. TRÂNSITO EM JULGADO DA SENTENÇA CONDENATÓRIA QUE SE CONSTITUI NO TERMO INICIAL DO PRAZO DECADENCIAL. INTELIGÊNCIA DOS ARTS. 200 E 207 DO CC SOB A ÓTICA VERTICAL DA REGRA CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA (ART. 5º, INC. LVII CF). RECURSO PROVIDO. (Voto vencido proferido pelo Juiz de Direito Substituto em 2º Grau Dr. Joscelito Giovani Cé, acompanhado pela Desembargadora Ivanise Maria Tratz Martins).

¹³² As pesquisas de jurisprudência foram realizadas em consulta ao <tjpr.jus.br> e ao <projudi.tjpr.jus.br>. Foi autorizado o acesso pela autora a processos em segredo de justiça. Nos casos em que o nome dos envolvidos foi expressamente mencionado, esta autora colocou um “X” no lugar, evitando o encurtamento por siglas, que pode levar a eventual identificação. Para resguardar a integridade da pesquisa, foram mantidas as formatações originais das ementas, bem como as referências de julgamento, que são redigidas pelo próprio órgão julgador. Em alguns casos, foram destacados trechos da decisão, identificados entre aspas, que se revelam interessantes ao objeto da pesquisa e à crítica deste estudo. Houve um filtro de seleção prévia, levando em consideração o objeto de estudo e a utilidade de espaço. As informações jurisprudenciais colecionadas do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná não estão autorizadas à disposição para compartilhamento público.

APELAÇÃO CÍVEL. DECLARATÓRIA DE EXCLUSÃO DE HERDEIRO. SENTENÇA DE EXTINÇÃO, EM RAZÃO DO RECONHECIMENTO DA DECADÊNCIA. INSURGÊNCIA DO AUTOR. ALEGAÇÃO DE SUSPENSÃO DO PRAZO PARA PROPOSITURA DA DEMANDA DE EXCLUSÃO DO HERDEIRO PELA DEMANDA CRIMINAL. INOCORRÊNCIA. APLICAÇÃO DO PRAZO DE 04 (QUATRO) ANOS A PARTIR DA DATA DA ABERTURA DA SUCESSÃO. DECADÊNCIA. IMPOSSIBILIDADE DE SUSPENSÃO DO PRAZO PARA PROPOSITURA DA DEMANDA ATÉ O TÉRMINO DE PROCESSO CRIMINAL. SENTENÇA APELADA MANTIDA. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. (TJPR - 11ª C. Cível - 0032712-29.2017.8.16.0001 - Curitiba - Rel.: Desembargador Sigurd Roberto Bengtsson - J. 14.03.2019)

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE USUCAPIÃO. (I) ALEGAÇÃO DE SUCESSÃO LEGÍTIMA DA POSSE DA GENITORA EM IMÓVEL. TRÂNSITO EM JULGADO DA SENTENÇA CRIMINAL QUE CONDENOU A AUTORA COMO CO-AUTORA DO ASSASSINATO DE SUA MÃE E AVÓ. INDIGNIDADE DA AUTORA QUE A IMPEDE DE SUCEDER LEGITIMAMENTE A MÃE NOS DIREITOS POSSESSÓRIOS. (II) ALEGAÇÃO DE INADMISSIBILIDADE DA AÇÃO DECLARATÓRIA INCIDENTAL PARA DESCONSTITUIR O DIREITO DE HERANÇA DA RECORRENTE. DESACOLHIMENTO. PRESCINDIBILIDADE DE AJUIZAMENTO DE AÇÃO ORDINÁRIA PARA ATINGIR A MESMA FINALIDADE DA AÇÃO INCIDENTAL. CONDENAÇÃO CRIMINAL QUE GERA EFEITOS NO CÍVEL (III) DECADÊNCIA DO DIREITO DOS APELADOS DE IMPUGNAR CONDIÇÃO DE HERDEIRA DA REQUERENTE. DESCABIMENTO. QUESTÃO EXAMINADA E AFASTADA POR ACÓRDÃO. TRÂNSITO EM JULGADO. IMPOSSIBILIDADE DE NOVA DISCUSSÃO. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO (TJPR - 12ª C. Cível - AC - 750709-7 - São José dos Pinhais - Rel.: Juiz Osvaldo Nallim Duarte - Unânime - J. 03.10.2012)

DIREITO PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DECLARATÓRIA DE INDIGNIDADE C/C EXCLUSÃO DE HERDEIRO. DECISÃO QUE AFASTOU A PRELIMINAR DE IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO – AGRAVO DE INSTRUMENTO CABÍVEL – PRECEDENTES DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. MINORIDADE DO RÉU NA ÉPOCA DOS FATOS ENSEJADORES DA PRESENTE DEMANDA – INTELIGÊNCIA DO ARTIGO 1.814, INCISO I, DO CÓDIGO CIVIL – HIPÓTESES TAXATIVAS DE EXCLUSÃO DO HERDEIRO QUE TAMBÉM ABRANGEM ATOS INFRACIONAIS ANÁLOGOS AO CRIME DE HOMICÍDIO – POSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO NO ÂMBITO SUCESSÓRIO. RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO. (TJPR - 11ª C. Cível - 0006644-40.2020.8.16.0000 - Prudentópolis - Rel.: Desembargador Ruy Muggiati - J. 08.06.2020)

APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO DAS SUCESSÕES. EXCLUSÃO SUCESSÓRIA. INTERESSE PROCESSUAL. AUSÊNCIA. ILEGITIMIDADE PASSIVA. PETIÇÃO INICIAL. INDEFERIMENTO. ARTS. 330, II E III E 321, PARÁGRAFO ÚNICO DO CPC. RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO. 1. O pedido de exclusão sucessória, deve estar fundado em uma das hipóteses taxativamente previstas nos arts. 1.814 e 1961 do CC, os quais se referem à indignidade e à deserdação, não se admitindo a ampliação desse rol, por se tratar de restrição de direitos, e deve ser dirigido em face de herdeiro e não contra indivíduo ainda não declarado filho do autor da herança. Petição inicial indeferida por ausência de interesse processual e ilegitimidade passiva. 2. Recurso conhecido e não provido. (TJPR - 11ª C. Cível - 0000666-86.2019.8.16.0107 – Mamborê - Rel.: Desembargador Fábio Haick Dalla Vecchia - J. 06.07.2020)

Em primeiro grau:

Ação Declaratória de indignidade ajuizada em 08/01/2018 perante a Vara de Família e Sucessões de Pato Branco. Sentença de improcedência (mov. 119). “Adianto, desde logo, que o pedido é improcedente, uma vez que não restou devidamente comprovado que o requerido

praticou homicídio na modalidade dolosa contra seu genitor, conforme hipótese prevista no artigo 1.814, inciso I, do Código Civil. Embora o Conselho de Sentença tenha reconhecido a materialidade e autoria do delito, o fato é que o requerido [X] foi absolvido das sanções do artigo 121, caput, do Código Penal (evento 29.2). Importa consignar que, ao contrário do alegado pelo requerido, a sentença absolutória não é suficiente, por si só, para excluir o herdeiro automaticamente da sucessão. Isso porque a decisão proferida pelo Conselho de Sentença não é fundamentada, não sendo possível pressupor se o réu foi absolvido em razão de ter, supostamente, agido em legítima defesa – conforme tese adotada pela Defesa no Tribunal do Júri –, ou por outro motivo, como a falta de provas para a condenação”. (autos nº 0000049-88.2018.8.16.0131).

Ação Declaratória de indignidade ajuizada em 08/02/2019, perante a Vara Cível de Peabiru.

Sentença de procedência (mov. 76): “2.1 Prejudicial de mérito - Da natureza do prazo e do seu termo inicial. (...). A autora da herança faleceu em 25.12.2013 (seq. 1.8) e a ação foi proposta em 08.02.2018, portanto, se o termo inicial for contado da abertura da sucessão, a ação foi ajuizada dois meses após ter, em tese, expirado o prazo de decadência. Entretanto, é de se ressaltar que o prazo deve ser contado da abertura da sucessão se a autoria for conhecida e certa, sob pena de premiar-se, por exemplo, um homicídio em que decorresse este prazo sem ser descoberto. Compreender de forma contrária poderia ferir a razão de ser do instituto da indignidade, que é justamente punir civilmente o herdeiro indigno. É cediço que a responsabilidade civil independe da responsabilidade criminal, assim, a exclusão do herdeiro indigno não depende de sentença condenatória no juízo criminal. No entanto, a menos que o herdeiro interessado tenha presenciado o ato, não se afigura viável exigir que este tenha um convencimento seguro a seu respeito por outro meio que não seja a apuração dos fatos na esfera criminal. Reconhecido o direito sucessório com autêntico direito fundamental (CF, art. 5º, inc. XXX), sua exclusão ou mesmo limitação não pode ser aplicada ao arrepio dos princípios constitucionais. Nesta esteira, necessária a interpretação dos referidos art. 1.814, inc. I e art. 1.815, §1º, ambos do Código Civil conforme a Constituição. Assim, ante o princípio da presunção de inocência, à priori, é possível considerar que até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória (CF, art. 5º, inc. LCII) não é certa e indene de dúvidas a autoria quanto ao homicídio da autora da herança. Diante de tais desdobramentos, a doutrina e a jurisprudência têm se posicionado de forma favorável à aplicação da teoria da actio nata também aos prazos decadenciais para diversas situações. Referida teoria estabelece que a contagem do prazo se inicia a partir do conhecimento da violação do direito e não a partir da própria violação. (...). Ante a possibilidade de aplicação da teoria também aos prazos decadenciais, consoante entendimento supra emanado das Cortes Superiores, e tendo como norte a “mens legis” do instituto da indignidade, vislumbra-se possível sua aplicação à hipótese do art. 1.815 do Código Civil. (...). (autos nº 0000265-46.2018.8.16.0132).

Ação de Exclusão de Herdeiro ajuizada em 25/03/2011, perante a Vara Cível de Porecatu.

Sentença de procedência (mov. 13). “O processo comporta julgamento antecipado, nos termos do art. 355, I, do CPC pois os documentos existentes nos autos permitem a formação de uma convicção segura para o julgamento da causa, dispensando a produção de outras provas, especialmente em audiência. A autoria e a materialidade do crime de homicídio doloso são incontroversas, uma vez que o requerido foi condenado por sentença penal transitada em julgado, segundo os documentos encartados no evento 14 - fls. 1/11. Logo, a prova material que autoriza o reconhecimento da indignidade é indiscutível” (autos nº 0000573-14.2011.8.16.0137).

Ação Declaratória de Indignidade em 18/02/2019 perante a Vara de Família e Sucessões de Palotina.

Sentença de procedência (mov. 63). “Isso porque, de acordo com a sentença colacionada à seq. 1.5, proferida pelo Juízo Criminal desta Comarca nos Autos n. 2008.61-0, já transitada em julgado, o requerido fora condenado pela prática de homicídio doloso qualificado pelo motivo fútil e mediante recurso que dificultou a defesa da ofendida, bem assim, ocultação de cadáver (arts. 121, § 2º, incisos II e IV, e art. 211, ambos do CP), em face de [X], autora da herança. O cometimento do crime não é tema de debate neste processo, uma vez que, havendo sentença penal condenatória, com trânsito em julgado, condenando o demandado pela prática do

ilícito, resta devidamente demonstrada a incidência deste no dispositivo legal da norma supracitada (art. 1.814, I, CC)”. (autos nº 0000702-71.2019.8.16.0126).

Ação Declaratória de Indignidade ajuizada em 30/04/2016 perante a Vara de Família e Sucessões de Clevelândia. Despacho de suspensão do feito (mov. 49): “verifica-se que se encontra em andamento neste Juízo a Ação Penal nº 534-45.2016.8.16.0071, pertinente aos fatos que ora se discute nestes autos. Ocorre que a Defesa do requerido defende no processo penal a legítima defesa do acusado, sendo que esta excludente de ilicitude, caso seja, acatada, faz coisa julgada na esfera cível. 2. Deste modo, a fim de se evitar decisões conflitantes, determino a suspensão do presente feito até o deslinde da Ação Penal nº 534-45.2016.8.16.0071, nos termos do artigo 315 do CPC, ocasião em que, para o prosseguimento do processo, as partes deverão informar o julgamento dos mencionados autos, juntando cópia da sentença”. Posterior sentença de procedência (mov. 73). (autos nº 0000808-80.2019.8.16.0175).

Ação de Exclusão de Herdeiro ajuizada em 15/04/2018 perante a Vara de Família e Sucessões de Laranjeiras do Sul. Despacho de suspensão do feito (mov. 83): “Compulsando os autos verifica-se que a decisão de mov. 56.1, determinou a suspensão dos autos. Assim, analisando os autos no 1901-05.2016.8.16.0104, verifica-se que houve interposição de recurso, além da negativa de autoria pelo requerido entendendo ser o caso de manutenção da suspensão do feito, tendo em vista que a decisão da seara criminal implica diretamente na pretensão desta ação. Nesse contexto, embora haja independência entre as decisões proferidas nas esferas cível/criminal, a decisão da ação penal, tem o condão de refletir diretamente na responsabilidade civil. Dessa forma, considerando que o requerido nega a autoria delitiva, entendo ser cabível a manutenção da suspensão dos autos. Ressalto que a suspensão do processo visa evitar a decisões conflitantes e prejuízo a ordem jurídica. Assim, de acordo com o artigo 315 e artigo 313, inciso V, alínea ‘a’, ambos do Código de Processo Civil, que estabelece dentre as causas de suspensão do processo: V - quando a sentença de mérito: [...] a) depender do julgamento de outra causa ou da declaração de existência ou de inexistência de relação jurídica que constitua o objeto principal de outro processo pendente; determino a suspensão dos presentes autos até o julgamento definitivo da Ação Penal de nº 0001901-05.2016.8.16.0104. (autos nº 0001693-50.2018.8.16.0104).